Die Beschränkungen für den Inhalt einer Grunddienstbarkeit nach römischem und bürgerlichem Recht

unter besonderer Berücksichtigung
der verschiedenen Auslegung streitiger Digestenstellen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Erich Jander,
Referendar in Liegnitz.

Liegnitz 1905.
Druck von Carl Seyffarth.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Jörs.

Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Dahn, Dekan.

Meinem hochverehrten Amtsrichter,

Herrn W. Jaques, Seidenberg O.-L.,

in Ehrerbietung zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543101_0108

Literatur.

Arndt, Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl., Stuttgart 1886.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, Breslau 1899.

Biermann, Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898.

Böcking, II. Buch, Einleitung in die Pandekten, Bonn 1853.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1. Band, 2. Auflage, Erlangen 1873.

Büchel, Civilistische Erörterungen, 2. Aufl., 1. Bd., Marburg und Leipzig 1847.

Coith, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 76.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Bd., 3. Aufl., Jena 1901.

Dernburg, Pandekten, 1. Bd., 5. Aufl., Berlin 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, 3. Bd., Sachenrecht, Halle 1898.

Dirksen, Vermischte Schriften, I. Teil, Berlin 1841.

Donelli, Hugonis Commentaria de iure civili, Florentiae 1841.

Elvers, Die römische Servitutenlehre, Marburg 1856.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs, 3.—5. Aufl., 2. Bd., Berlin 1900.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands, 2. Aufl., Berlin 1900.

Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Bd., Sachenrecht, Marburg 1898.

Gaedke, au et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit, Rostock 1826.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, Erlangen 1808, Bd. 9 und 10.

Heineccius, Operum ad universam iuris prudentiam, philisophiam, et litteras humaniores pertinentium tomus secundus, dissertationes, orationes, ac programmata exhibens. Generae. De causa servitutum perpetua, exercitatio XXXII.

Hoffmann, Die Lehre von den Servituten nach römischem Rechte, Darmstadt 1838.

Höpfner, Theoretisch-praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen, Frankfurt a. M., 1783.

Hufeland, Über den eigentümlichen Geist des römischen Rechts, Gießen 1815 (erläuterndes Handbuch).

Hufeland, Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Zivilrechts, 1. Bd., Gießen 1808.

Jacob, Albert, Das Erfordernis der vicinitas praediorum bei Prädialservituten. Inaug.-Dissert. Greifswald (Breslau) 1895.

Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen und deutschen Privatrechts, 10. Bd., Jena 1871.

Jörs, Das römische Recht, in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Berlin 1901.

v. Keller, Pandekten, 1. Bd., Leipzig 1866.

Kohler, Im Archiv für civilistische Praxis, 87. (n. F. 37.) Bd., 1897.

Leske, Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuchs und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1. u. 2. Aufl., 3. Lieferung, Berlin 1899.

Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, 3. Bd., Gießen 1820.

Luden, Die Lehre von den Servituten, Gotha 1857.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Berlin 1899.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. III, 2. Aufl., Berlin 1896.
Müller u. Meikel, Das bürgerliche Recht in seiner neuen Gestaltung, 1. Bd., München 1899.
Münter, Von den Servituten nach dem reinen Sinne der Gesetzgebung, 1. Teil, Hannover 1806.
Noodt, Gerhardi Probabilia iuris civilis, 1724.
Ordolff, de servitutum indole et principiis communibus dissertatio, Erlangae 1844.
Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts mit Erläuterungen in der Titelfolge des bürgerlichen Gesetzbuchs, Königsberg 1899.
Pernice, Labeo, 3. Bd., Halle 1892.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Bd., Sachenrecht, 1. und 2. Aufl., Berlin 1902.
Puchta I, Institutionen, System und Geschichte des römischen Privatrechts, 9. Aufl., Leipzig 1881.
Seuffert, Erörterungen einzelner Lehren des römischen Privatrechts, 2. Abt., Würzburg 1821.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 1. Bd., 3. Aufl., Leipzig 1868.
Sohm, Institutionen, 10. Aufl., Leipzig 1901.
Schönemann, Die Servituten, Leipzig 1866.
Schrader, Civilistische Abhandlungen, Weimar 1816.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd., Sachenrecht von Kober, München 1898.
Steverus, de servitutibus praedium, Rostochii 1820.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 42.
Thibaut, Civilistische Abhandlungen, Heidelberg 1814.
Thibant, System des Pandekten-Rechts, 4. Aufl., 2. Bd., Jena 1814.
Thibaut, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts, 1. Bd., Jena 1798.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 1. Bd., 6. Aufl., Marburg 1851.

Westphal, de libertate et servitutibus praediorum, Lipsiae 1773.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt a. M. 1900.
Zachariae, in Hugo, Civilistisches Magazin, 2. Bd., Berlin 1797.
Zielonacki, Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach dem römischen Rechte, Breslau 1849.

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

Abhandlung:

Die Beschränkungen für den Inhalt einer Grunddienstbarkeit. Inwieweit sind in der vom B. G. B. § 1019 für den Inhalt einer Grunddienstbarkeit gezogenen Schranke die den Inhalt einer Prädialservitut im römischen Rechte beschränkenden Erfordernisse enthalten 3

I. Welches waren diese Erfordernisse im römischen Rechte? 3

A. Das Erfordernis der utilitas. 3

1. Die Prädialservitut muß dem herrschenden Grundstücke zum Nutzen gereichen. 3

2. Worin kann dieser Nutzen für das herrschende Grundstück bestehen? 8

3. Die Servitut darf nicht über den Nutzen hinausgehen. 13

B. Das Erfordernis der causa perpetua. 17

1. Allgemeines.

a) Es darf keine Tätigkeit des Eigentümers des dienenden Grundstücks den Inhalt der Servitut bilden. 17

b) Das dienende Grundstück muß vermöge seiner natürlichen Beschaffenheit die fortgesetzte Ausübung der Servitut für die Dauer zu gewähren imstande sein. 25

2. Besonderes bei Wasserservituten. 27

C. Das Erfordernis der vicinitas. 31

1. hinsichtlich der Lage der beiden Grundstücke zu einander,

2. hinsichtlich der Beschaffenheit des zwischen beiden Grundstücken liegenden Raumes: 34

a) bei positiven Servituten: 36

In welcher Weise wirkt

α) ein rechtliches Hindernis? 36

aa) Der Zwischenraum steht im öffentlichen Eigentum,

bb) ist dem Privatrecht entzogen,

Seite

cc) steht im Privateigentum:

a) des Servitutberechtigten,

b) des Servitutverpflichteten,

c) eines Dritten,

β) ein tatsächliches Hindernis? 39

b) bei negativen Servituten 40

II. Wie stellt sich § 1019 B. G. B. zu dem Erfordernis . . 42

A. der utilitas, ... 42

B. der causa perpetua, ... 47

C. der vicinitas? 49

Einleitung.

Die Inhaltsbeschränkungen der Prädialservituten haben ihren Grund in der Strenge des alten römischen Civilrechts und bezwecken den Schutz des Eigentümers des dienenden Grundstücks.

Schon dem ältesten römischen Rechte war das Institut der Grunddienstbarkeiten bekannt. Es war entstanden aus dem häufig vorkommenden Bedürfnisse eines Grundstücks, von außerhalb liegenden Punkten auf Wegen erreichbar zu sein, die über fremden Grund und Boden führten, und aus dem Bedürfnisse, gegen den bei dem südlichen Klima Italiens nicht seltenen Wassermangel eines Grundstücks Abhilfe zu schaffen, welche ein anderes Grundstück aus seinem Überflusse oft leicht gewähren konnte[1]). So hat es wahrscheinlich zuerst an Prädialservituten nur die servitutes itineris, actus, viae und aquaeductus gegeben[2]); doch entwickelte sich bald auf Grund der Befugnis der Konstituenten, den Inhalt der Servitut[3]) durch einen modus näher zu bestimmen (l. 3 § 1 D. 8, 1), eine zahllose Reihe anderer Servituten, und wenn diese (im Gegensatz zum heutigen bürgerlichen Recht, § 1018 B. G. B.) auch fast alle bestimmte Namen hatten, so war doch ihre Zahl nicht gesetzlich bestimmt, sondern „neben jenen stereotypen, in

[1]) cf. Elvers, § 1.

[2]) cf. Jörs, § 34, 2.

[3]) Da die Prädialservituten meist schlechthin durch den Namen servitutes bezeichnet werden, so mögen in unserer Abhandlung unter dem Ausdruck Servituten auch immer Prädialservituten verstanden werden. Vgl. auch Glück X, S. 1.

bestimmte Formen gefaßten und mit bestimmten Namen bezeichneten Arten" gab es noch andere, für die sich keine bestimmten Formeln und Namen gebildet hatten, vgl. z. B. l. 1 § 8 D. 11, 8 und l. 17 § 2 D. 8, 5[1]).

Mochten nun auch, wie erwähnt, die Servituten ihren Grund in sehr natürlichen Bedürfnissen haben, so war doch ihre Zulassung und noch dazu in unbeschränkter Zahl, als eine große Milde des strengen römischen Civilrechts anzusehen, das sich gegen jede Beschränkung fremden Eigentums sträubte; denn als eine solche muß in der Tat die Servituterrichtung, wie man sie immer auffassen mag[2]), von dem Eigentümer des dienenden Grundstücks empfunden werden. Es war daher nur natürlich, wenn die Servitutbestellung nicht vollständig der Willkür der Konstituenten preisgegeben, sondern vielmehr in bezug auf ihren Inhalt einer Reihe von gesetzlichen Beschränkungen unterworfen war.

Welches nun diese Inhaltsbeschränkungen des römischen Rechts waren, und in welchem Umfange sie in das neue bürgerliche Recht aufgenommen worden sind, das soll den Gegenstand der folgenden vergleichenden Darstellung bilden.

[1]) cf. Elvers, § 15.

[2]) Vgl. Elvers, § 5, S. 43; Büchel, S. 288; Vangerow, S. 782.

Abhandlung.

Die Beschränkungen für den Inhalt einer Grunddienstbarkeit. — Inwieweit sind in der vom B. G. B. § 1019 für den Inhalt einer Grunddienstbarkeit gezogenen Schranke die den Inhalt einer Prädialservitut im römischen Rechte beschränkenden Erfordernisse enthalten?

I.

Welches waren diese Erfordernisse im römischen Recht?

A. Das Erfordernis der utilitas.

Nicht allein aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß die Rechtsordnung nur solche Rechte anerkennt und schützt, deren Ausübung für den Berechtigten von Interesse ist[1]), sondern schon aus dem Zwecke der Servituten selbst, die Benutzung eines Grundstücks beim Fehlen gewisser Eigenschaften unter Zuhilfenahme eines andern Grundstücks zu erleichtern, ergibt sich das „Fundamentalerfordernis“[2]) der Prädialservituten, daß die Servitut dem herrschenden[3]) Grundstück zum Vorteil gereichen muß. Keinesfalls darf also eine Servitut in einer Berechtigung bestehen, die für keinen Menschen von Interesse sein könnte, wie z. B. darin, daß mein Nachbar nicht durch sein Grundstück gehen oder dort stehen, oder dasselbe überhaupt nicht

[1]) cf. Elvers, S. 138, und Jacob, S. 6.

[2]) Dernburg, P. § 240, 1, S. 582.

[3]) d. h. dem Grundstück, zu dessen Gunsten die Servitut an dem andern, dem dienenden, Grundstück bestellt ist.

benutzen dürfe; eine solche Servitut, sagt die l. 15, pr. D. 8, 1: „non valet, quia nihil vicinorum interest."

Aber damit nicht genug. Nicht jeder Nutzen reicht hin, um den Gegenstand einer Servitut zu bilden, es muß vielmehr der Nutzen derart sein, daß die natürlichen und wesentlichen Zwecke des herrschenden Grundstücks gefördert werden[1]), es muß der Nutzen „gleichsam erst durch Vermittelung des herrschenden Grundstücks erhalten werden, so daß ohne dessen Besitz die Ausübung der Servitut denkbarer Weise keinen Vorteil gewähren kann"[2]). Weder genügt es also, daß die Servitut nur den individuellen Interessen eines einzelnen Eigentümers vorteilhaft ist, noch daß sie tatsächlich jedem Eigentümer, aber nur als Menschen, nützlich ist, sondern der durch die Servitut gewährte Nutzen muß ein solcher sein, daß er „jedem Besitzer des herrschenden Grundstücks, als solchem", zugute kommt, eben nur „darum, weil er Besitzer dieses Grundstücks ist"[3]).

Hierbei darf man aber auch nicht zu weit gehen. In l. 19 D. 8, 1 heißt es: „Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui dedere ducere non expediret, nihilo minus constitui ea servitus possit: quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt." Mit diesen Worten sagt Labeo nichts anderes, als daß eine Servitut nicht deswegen unzulässig ist, weil zufällig gerade ein Berechtigter aus rein subjektiven Gründen an der Ausübung der Servitut kein Interesse hat, ja daß selbst der Bestellung einer Servitut nichts im Wege liegt, wenn in der Person des Konstituenten Umstände vorliegen, infolge deren die Servitut für ihn keinen Wert hat, —

[1]) cf. Hoffmann, § 16, S. 32.
[2]) Elvers, S. 141.
[3]) Vangerow, § 340, Anm. 1, S. 804.

wenn nur überhaupt das Grundstück objektiv dadurch gewinnt. Diese Auslegung, die sich auf die im wesentlichen übereinstimmenden Erklärungen von Pernice (S. 111), Westphal (s. IIIc 18, § 531a), Zachariae (XV, § 5), Elvers (S. 139), v. Vangerow (§ 338, Anm. 2, 4), Löhr (S. 493), Glück (IX, S. 13), Dirksen (S. 110 bis 115), Puchta (§ 252, Anm. h) und Zielonacki (S. 52, 53) [1]) stützt, wird jedoch nicht von allen Rechtsgelehrten anerkannt, vielmehr hat man in der citierten l. 19 D. 8, 1 einen Widerspruch gegen die oben angeführte l. 15 D. eod. erblickt, den man auf die verschiedenste Art und Weise zu erklären versucht hat[2]). So haben Thibaut[3]), dem Ihering in seinen Jahrbüchern (Bd. X, S. 553) zustimmt, und Gaedke (sect. 3, p. 20 f.) aus l. 19 cit. eine Ausnahme für den Fall einer reservierten Servitut konstruiert, doch sind die Wege, auf denen beide zu diesem Resultate gelangen, verschieden. Thibaut vergleicht das Reservieren einer Servitut mit dem Zurückbehalten gewisser Teile bei der Übertragung einer körperlichen Sache und meint, ebenso wie es in dem Belieben eines jeden stehe, ob er eine Sache ganz oder teilweise übertragen will, und es dabei nicht in Betracht komme, ob das Zurückbehaltene für ihn Wert hat oder nicht, sei es auch beim Retinieren von Servituten als „einzelner

[1]) Ähnlich auch Donellus, lib. XIc. 21, § 17 und v. Keller, § 163, Anm. 2.

[2]) Dernburg (I, 364) sagt über die fragliche Stelle und ihre abweichenden Auslegungen: „Mit „„etsi non utilis sit““ meint Labeo, „„obgleich sie dem nichts nützt, der sie sich vorbehält““. Er spricht nicht besonders aus, daß sie jedenfalls dem herrschenden Grundstück von Nutzen sein müßte. Dies erachtet er aber selbstverständlich. Das soll sein Leser sich selbst dazu denken. — Die Stelle wäre wohl nicht so mißverstanden worden, hätte man die Geisteseigentümlichkeit Labeos schärfer im Auge behalten."

[3]) Civil. Abhandlungen, III. bes. S. 46, 47 und System, I. Teil, § 604.

Teile des Eigentums“ gleichgiltig, ob sie Nutzen gewähren oder nicht. Aber abgesehen davon, daß das von Thibaut gewählte Beispiel von der teilweisen Veräußerung eines sechsbändigen Werkes, von dem sich der Veräußerer den sechsten Band zurückbehält, nicht paßt, da dieser eine Band doch unter allen Umständen einen gewissen Wert hat, ja eventuell für andere von großem Werte sein kann[1]), ist der Vorbehalt einer Servitut nicht die Zurückhaltung eines Eigentumsbestandteils, sondern vielmehr die Neubestellung eines Rechts[2]), weil nach dem allgemeinen Servitutengrundsatze[3]) „nulli res sua servit“ vor der Übertragung des fraglichen Grundstücks gar keine Servitut bestanden hat.

Von derselben falschen Voraussetzung wie Thibaut geht Gaedke aus, und daher sagt er, beim Retinieren einer Servitut handele es sich nicht um den Erwerb, sondern vielmehr um den Verlust eines Rechts. Daraus nun, daß ein schon begründetes Rechtsverhältnis nicht durch das bloße Nichtvorhandensein einer utilitas in der Gegenwart, sondern erst durch eingetretene gänzliche Unmöglichkeit derselben erlösche, folge, daß bei der Reservation einer Servitut nicht die Frage, ob sie tatsächlich von Nutzen sei, sondern nur die, ob sie möglicherweise Nutzen gewähren könne, zu beachten sei. Auch diese Ansicht fällt ohne weiteres bei Anwendung des Grundsatzes: nulli res sua servit in sich zusammen. Der zuerst gegebenen Erklärung am nächsten kommt Hufeland[4]); er macht zwischen interesse und utile den Unterschied, daß ersteres den denkbaren, möglichen Vorteil, letzteres den wirklichen Nutzen im einzelnen Falle bedeute, und meint, während jener von l. 15 cit. bei der Konstituierung einer

[1]) cf. Zielonacki, S. 54.
[2]) cf. Dernburg, P. § 240, Anm. 6.
[3]) l. 26 D. 8, 2.
[4]) Handbuch, II. Teil, 2. Abt., S. 88 ff.

Servitut verlangt würde, sei dieser nach l. 19 cit. zur Begründung einer solchen nicht erforderlich. Die Ansicht Ordolffs[1]), der im wesentlichen mit Hufeland übereinstimmt, aber seine Erklärung auf retinierte Servituten beschränkt, ist nach obigem eben wegen dieses Unterschiedes von reservierten und nicht reservierten Servituten zurückzuweisen.

Mit dem Grundsatze von dem Erfordernis der Utilität wenig im Einklange steht die Erklärung Goldschmidts[2]), die ich nur der Vollständigkeit halber hier anführe. Hiernach gilt eine Servitut, wo jemand sich eines Eigentumsrechtes entäußert, ohne daß dadurch ein anderer irgend eine Befugnis erhält, ebensowenig, als wenn er diesem ein Recht einräumt, das nicht im Umfange seines Eigentums liegt. Hat aber der andere wirklich eine Befugnis aus dem Eigentum des Konstituenten erlangt, so gehe es nur ihn an, ob diese Befugnis ihm nützt oder nicht.

Auch Münter[3]) erblickt zwischen l. 15 cit. und l. 19 cit. einen Widerspruch, hilft sich aber auf die Weise, daß er der l. 19 die Giltigkeit abspricht.

Wie wir nun oben (S. 4. 5.) gesehen haben, können die beiden erwähnten Digestenstellen sehr wohl nebeneinander bestehen, und das einzig Eigentümliche, daß in l. 19 cit. nur von retinierten Servituten die Rede ist, erklärt sich, abgesehen davon, daß dies wohl der einzige Fall sein dürfte, in dem sich jemand eine ihm ganz unnütze Servitut errichten läßt[4]), aus der bekannten Tatsache, daß die römischen Juristen häufig für allgemeine Rechtssätze konkrete Beispiele bringen[5]).

---

[1]) de servitutum indole et principiis communibus, S. 32 ff., bes. S. 37, 38.

[2]) In Löhrs Magazin, Bd. 3, S. 480—482.

[3]) I. Stück, § 5.

[4]) cf. Vangerow, § 338, Anm. 2, 4; Dernburg, P. § 240, Anm. 6.

[5]) cf. Zielonacki, S. 53.

Nachdem wir nun festgestellt haben, daß die Servitut unter allen Umständen dem herrschenden Grundstück von Nutzen sein muß, wollen wir sehen, worin dieser Nutzen für das herrschende Grundstück bestehen kann.

In der Regel wird es sich um einen pekuniären Nutzen handeln, es soll der Nutzwert des herrschenden Grundstücks erhöht werden[1]). Diesem Zwecke werden vor allem die Rustikalservituten dienen. Doch ist es durchaus nicht unbedingt notwendig, daß gerade immer der Geldertrag des Grundstücks vermehrt werde, sondern als Nutzen wird schon die Erhöhung der amoenitas betrachtet. Das wird in l. 3 pr. D. 43, 20 deutlich ausgesprochen mit den Worten: „Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.“ Alles, was überhaupt die Annehmlichkeit des Grundstücks erhöht, was praedii meliorem causam facit[2]), kann den Inhalt einer Servitut bilden. So werden in l. 3, 12, 15, 16, D. 8, 2 vielfach Licht- und Aussichtsgerechtigkeiten erwähnt und in l. 8, § 1, D. 8, 5 ist sogar von der Zulässigkeit einer Servitut die Rede, auf der Mauer des benachbarten Grundstücks eine porticus ambulatoria, eine Wandelhalle, zu haben.

Im Zusammenhange mit den vorher entwickelten Grundsätzen wird aber auch bei derartigen servitutes amoenitatis causa ein objektiver Nutzen für das herrschende Grundstück verlangt; die Annehmlichkeit darf nicht eine solche sein, durch welche die individuelle Neigung nur eines einzelnen Eigentümers nach einem bloß zufälligen und willkürlichen Genusse befriedigt würde. Daher sagt l. 8, pr. D. 8, 1: „Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus, servitus

[1]) cf. Dernburg, P. § 240, 1; Böcking, § 162, S. 231; Puchta, § 253, 1.

[2]) l. 6 § 1 D. 8, 3.

imponi non potest.“ — Warum nicht? — Weil hier die Servitut kein Mittel ist, wodurch die Zwecke des Grundstückseigentümers als solchen besser erreicht würden[1]), „quia eiusmodi tibi concessum ius ipsius fundi neque amoeniorem neque utiliorem rationem reddit, sed importunae hominis lubidini et genio indulget“[2]).

Diesen Einwurf kann man gegen die oben erwähnten zulässigen Vergnügungsdienstbarkeiten nicht geltend machen, denn sie befriedigen nicht die Laune eines einzelnen Menschen, sondern erhöhen die Annehmlichkeit des Grundstücks für jeden, dem es gehört. Keineswegs ist aber diese Erklärung der zitierten l. 8 pr., die mir in Übereinstimmung mit Zachariae (l. c.), Stever (l. c.), Elvers (S. 142), Schönemann (§ 30), Münter (I. St. § 5), Zielonacki (S. 73), Hoffmann (§ 16), Böcking (§ 162, S. 232, 63), v. Keller (§ 163, 2), Kohler (VII, § 7), v. Vangerow (§ 340, Anm. 1) und Dernburg (§ 240, 1) als die einzig richtige erscheint, unbestritten, und während Münter (l. c.) in dem in l. 8 pr. cit. entwickelten Grundsatze eine „vernünftige Harmonie“ mit den allgemeinen Grundsätzen über die utilitas erblickt, hat man darin vielfach einen unvereinbaren Widerspruch mit der sonstigen Zulassung der Vergnügungsdienstbarkeiten gefunden und die erwähnte Digestenstelle auf die verschiedenste Art und Weise mehr oder weniger glücklich interpretiert.

Die einen[3]) lesen aus den Worten in alieno den allgemeinen Satz, daß niemand dem Grundstücke eines andern eine Dienstbarkeit auferlegen oder erwerben könne; nach einer andern Deutung sollen die in unserer Stelle genannten Dienstbarkeiten deswegen nicht als dingliche gelten, weil kein Grundstück als das herrschende nachgewiesen

[1]) cf. Zachariae, XV, § 6.

[2]) Steverus, c. II, § 2.

[3]) Joh. Coratius, Eg. Baron; vgl. Noodt, probab., lib. I, c. 2, § 5.

werden könne, weil nur eine Person für sich die Dienstbarkeit erwerben wolle; wieder andere erklären die Unzulässigkeit dieser Servituten aus der mangelnden causa perpetua, weil niemand immer Obst pflücken, speisen, lustwandeln könne. Es würde zu weit führen, diese Ansichten im Einzelnen zu wiederlegen, und sie sind, wie Zielonacki (S. 75) sagt, in der Tat „so unzureichend, daß sie keiner ernsten Wiederlegung bedürfen." Ich verweise daher hier nur auf die Ausführungen Schraders, der im VI. Teile seiner civilistischen Abhandlungen alle diese Meinungen eingehend behandelt, und beschränke mich darauf, nur auf die Erklärungen näher einzugehen, die trotz ihrer Abweichung von der oben (S 9.) gegebenen Auslegung doch einige Wahrscheinlichkeit für sich haben.

Noodt[1]) der die fragliche Stelle auch auf servitutes amoenitatis causa bezieht, erklärt sich die hieraus folgende Unzulässigkeit solcher aus der geschichtlichen Entwickelung und folgert so ihre Unzulässigkeit im alten und ihre Gestaltung im neueren Recht. Aber abgesehen davon, daß in unserer Stelle ihre Geltung nur im älteren Rechte mit keiner Silbe erwähnt ist, dagegen einige von Aussicht handelnde Stellen (l. 15, 16 D. 8, 2) aus Kommentarien über alte Schriftsteller (Sabinus und Alfenus Varus)[2]) genommen sind, wäre es eine gezwungene Deutung, wollte man sagen, das Verbot der Vergnügungsdienstbarkeiten gelte nicht mehr, sondern ihre Zulassung bilde jetzt die Regel[3]).

Thibauts Erklärung, die schon deswegen zweifelhaft erscheint, weil sie auf der Annahme basiert, eine Prädialservitut müsse nicht notwendig dem herrschenden Grundstück selbst Vorteil gewähren, sondern „im Ganzen jedem

[1]) probab. lib. I, c. 2, § 5 a. E.
[2]) cf. Schrader, S. 345.
[3]) cf. Schrader, S. 346, und Thibaut, Vers., Abh. I, S. 1 ff.

Besitzer[1]) von Wert"[2]) sein, nur dürfe die Person nicht besondere Eigenschaften haben, ist folgende: Er nimmt an, es sei auf dem herrschenden Grundstück genug Platz zum Obstpflücken, Lustwandeln und Speisen vorhanden, und darum diene eine hierauf gerichtete Servitut nur dem „thörichten Gelüste" des betreffenden Eigentümers und sei mithin unzulässig, weil man nicht annehmen könne, daß „jeder nachfolgende Besitzer so kindisch sein wird, wie es sein Vorgänger war"[3]).

Aber Thibauts Annahme ist ganz willkürlich, und wir haben nicht die mindeste Berechtigung, sie unserer Stelle zu Grunde zu legen. Außerdem ist sie zu ihrer Erklärung garnicht notwendig. Denn gesetzt auch den Fall, auf dem Grundstücke finde sich kein Platz zum Lustwandeln, keine Gelegenheit zum Obstpflücken oder Speisen, so dient doch die Bestellung einer Servitut, die dahin geht, diese Dinge auf einem fremden Grundstück vornehmen zu dürfen, auf alle Fälle nur der Laune des betreffenden Eigentümers.

Unter allen Umständen gilt dies von dem Naschen aus dem Obstgarten des Nachbarn. Denn um einen regelmäßigen Fruchtbezug, wodurch allein der Zweck des Grundstücks, aber auch nicht der eines jeden gefördert würde, kann es sich nicht handeln, weil sonst Nießbrauch vorläge; eine Servitut auf Lebensmittelbezug ist nach römischen Grundsätzen unzulässig, weil das Bedürfnis nach Lebensmitteln „nicht eine Folge der Kultur oder des Bewohnens" ist, sondern „unabhängig von dem Eigentum des herrschenden Grundstücks von dessen Eigentümer empfunden"[4]) wird.

[1]) d. h. den meisten Menschen, welche das Gut möglicherweise erwerben könnten; vgl. Hoffmann, S. 35.

[2]) Thibaut, Vers., Abh. 1, S. 9.

[3]) Thibaut, l. c., § 27.

[4]) Elvers, S. 144.

Was das Lustwandeln auf fremden Grundstück betrifft, so steht auch dieses in keinem Zusammenhange mit der herrschenden Sache, welche dadurch in keiner Weise gefördert wird[1]), und außerdem kann m. E. der Eigentümer ebensogut auf einem öffentlichen Wege spazieren gehen, selbst wenn sich ein solcher nicht in unmittelbarer Nähe seines Grundstücks befinden sollte. Denn wenn er das Lustwandeln zum Gegenstande einer Servitut machen will, wird er ja so viel Zeit haben, sich täglich auf den öffentlichen Weg zu bemühen. Abgesehen davon wird wohl selten ein Grundstück vorkommen, auf dem sich kein Rain oder Weg zum Spazierengehen finden sollte. Wollte man hiergegen die Zulässigkeit der Servitut, auf der Mauer des Nachbarn eine Wandelhalle zu haben[2]), als Beweis anführen, so entgegne ich, daß es doch etwas anderes ist, das ganze Grundstück des Nachbarn zum Spazierengehen, als nur einen kleinen Teil desselben, eine Mauer, dazu zu benutzen, dort seine eigene Wandelhalle zu haben, die doch immerhin als zum herrschenden Grundstück gehörig betrachtet werden kann.

Endlich ist auch das Speisen auf fremden Grundstück nichts als eine Kaprize des Eigentümers. Denn befindet sich auf seinem Grundstück kein Haus, handelt es sich also um ein Feldgrundstück, so wird er doch sonst noch eine Wohnung besitzen müssen, wo er speisen kann. Sollte es sich aber gar, wie Schrader[3]) annimmt, um Speisen im Freien handeln, während er ein Speisezimmer zur Verfügung hat, so kann man doch hierin nichts anderes als eine willkürliche Laune des Eigentümers erblicken. Außerdem fehlt auch hier in beiden Fällen die unmittelbare

---

[1]) cf. Elvers, S. 142, wo in der 11. Zeile offenbar ein Druckfehler vorliegt, indem es statt „dienenden" „herrschenden" heißen muß.

[2]) l. 8 § 1 D. 8, 5.

[3]) Civil. Abhandlung, S. 339.

Beziehung zur herrschenden Sache, aus der man keinen Vorteil hat, während man die Servitut ausübt[1]).

Am glücklichsten ist noch die Erklärung Schraders[2]). Er teilt die Prädialservituten ein in solche, die zum Nutzen, und solche, die nur zur Annehmlichkeit bestimmt sind, und unterscheidet bei letzteren, ob zur Ausübung derselben Handlungen auf dem dienenden Grundstücke, und zwar auf einem nicht abgeschiedenen Raume desselben erforderlich sind oder nicht: letztere Vergnügungsdienstbarkeiten seien zulässig, erstere nicht, und zwar deshalb, weil ihre Ausübung für den Eigentümer des dienenden Grundstücks besonders belästigend sei. Diese Erklärung wäre nun allerdings imstande, alle Schwierigkeiten aus dem Wege zu räumen, wenn sich irgendwo in den Quellen eine Andeutung dieses Unterschiedes und des darauf sich bauenden wichtigen Grundsatzes fände, was jedoch nicht der Fall ist[3]), und außerdem „kann die Rücksicht, ob eine Servitut dem Eigentümer mehr oder weniger belästigend sei, nicht sowohl auf die juristische Zulässigkeit derselben von Einfluß sein, als vielmehr auf die Entscheidung des Eigentümers, ob er dieselbe bestellen will oder nicht[4])."

So unbedingt nun ein Nutzen für das herrschende Grundstück gefordert wird, so darf derselbe doch nicht über das Bedürfnis des Grundstücks hinausgehen. Deutlich spricht dies Ulpian aus in l. 5 § 1 D. 8, 3: „servitutem constitui non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit." Wenn also in l. 6 § 1 D. 8, 3 Servituten zugelassen werden, vermöge deren man auf dem Nachbargrundstücke Kalk brennen, Steine holen, Sand graben oder Rebstecken holen darf, so gilt dies nur in dem Falle und nur so weit, als das

[1]) cf. Elvers, S. 149.
[2]) l. c. S. 347 ff.
[3]) Vgl. auch Hoffmann, S. 38 und Zielonacki, S. 75.
[4]) Zielonacki, l. c.

gewonnene Material wirklich zum Nutzen des herrschenden Grundstücks verwandt wird, und wenn in l. 6 pr. D. eod. von der Zulässigkeit einer Servitut die Rede ist, auf dem Nachbargrundstücke Tonerde für seine Töpferwerkstatt zu graben, so ist das nur insoweit statthaft, als die verfertigten Gefäße zur Aufbewahrung oder Versendung der auf dem herrschenden Grundstücke gezogenen Früchte notwendig sind. Ebenso kann nach l. 3 pr. D. 8, 3 eine Weidegerechtigkeit nur für die zur Bewirtschaftung des herrschenden Grundstücks erforderlichen Tiere bestellt werden, oder es muß der Hauptzweck des herrschenden Grundstücks in Viehzucht bestehen[1]).

Dementsprechend darf auch eine schon bestellte Servitut nur soweit ausgeübt werden, als es zum Nutzen des herrschenden Grundstücks erforderlich ist. Wer also auf Grund einer Servitut berechtigt ist, das Wasser von seinem Grundstücke auf ein anderes zu leiten, darf das nur so weit tun, als es zur Entwässerung seines Grundstücks nötig ist[2]), nicht darf er noch von einem andern Grundstück das Wasser aufnehmen.

Aber auch hier finden sich abweichende Meinungen. Noodt[3]), dem auch Hufeland[4]) zustimmt, läßt die Geltung der eben entwickelten Sätze nur für das alte strenge Recht zu und sagt, im neueren Rechte habe der Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Befugnis, die Servitut über das Bedürfnis des Grundstücks hinaus auszuüben, wenn dies durch Vertrag bewilligt wäre oder aber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks kein Schaden daraus erwüchse.

---

[1]) l. 4 D. 8, 3.

[2]) l. 29 D. 8, 3; vgl. auch Böcking, § 162, S. 231.

[3]) probab. lib. I c. 3, § 1, vgl. auch § 2, 3, 4, 5.

[4]) Civilrecht, § 290, S. 114.

Westphal[1]) glaubt sogar, daß man unter Umständen eine stillschweigende Bewilligung annehmen könne.

Den Anlaß zu diesen Lehren haben auch hier mehrere scheinbar dafür sprechende Digestenstellen gegeben, die jedoch, wie wir sehen werden, bei richtiger Auslegung nicht das beweisen, wofür sie herangezogen werden.

Von vornherein scheidet aus die l. 33, § 1, D. 8, 3: Wenn hier einem Dritten die Mitbenutzung einer als Servitut bestellten Wasserleitung gestattet wird, „pacto vel stipulationibus intervenientibus", so handelt es sich hier nur um Verträge von obligatorischer Wirkung, und zwar zwischen allen Interessenten, also namentlich auch mit dem oder den Eigentümern der dienenden Grundstücke. Von einer Erweiterung des dinglichen Servitutenrechts ist also keine Rede[2]).

Ebensowenig beweist die l. 24 D. 8, 3 für die gegnerische Ansicht. Hier sagt Pomponius: „Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est." Mit vollem Rechte nimmt hier m. E. Thibaut[3]) an, daß in diesem wie in dem sogleich zu besprechenden Fragment l. 1 § 16 D. 43, 20 die Meinung des Labeo nur historisch angeführt wird, da sie ja in ersterem auf das Bestimmteste von zwei Juristen, Pomponius und Proculus, verworfen wird, und außerdem noch die l. 44 D. 19, 2 den Satz ausspricht: „locare servitutem nemo potest"[4]).

---

[1]) de libert. et serv. praed., § 525.

[2]) cf. Schönemann, § 30; Elvers, § 16, Anm. e.; Vangerow, § 340, Anm. 1, 1.

[3]) Thibaut, Vers. S. 11 ff.; vgl. auch Seuffert, II, S. 45 und Glück, X, S. 52.

[4]) cf. Elvers, S. 145, 146.

Es bleibt also nur noch die l. 1 § 16 D. 43, 20. Hier wird das zum Schutze für Wasserleitungsservituten gegebene Interdikt auch dem bewilligt, der das Wasser, das er auf Grund einer Servitut über sein Grundstück leitete, nun auch über ein später von ihm gekauftes benachbartes Grundstück führt. Selbst wenn hierin ein Widerspruch mit den oben aufgestellten Grundsätzen enthalten wäre, — wie wir gleich sehen werden, ist dies gar nicht der Fall —, könnte man denselben damit erklären, daß die citierte Stelle ebenfalls eine Meinung des Labeo[1]) enthalte, die Ulpian nur referiert, ohne sich derselben anzuschließen[2]). Aber wie Vangerow (l. c.), Puchta (§ 253c.), Hoffmann (S. 41) und Schönemann (S. 108), denen ich mich vollständig anschließe, annehmen, ist in l. 1 § 16 cit. gar kein Widerspruch enthalten[3]), wenn man die fragliche Stelle folgendermaßen versteht:

Es handelt sich hier nur um den Fall, wo ein Wasserleitungsberechtigter das Wasser, das er zur Bewässerung seines Grundstücks braucht, soweit es nicht ganz aufgezehrt ist, über ein anderes, ihm gehöriges, aber nicht unter die Servitut fallendes Grundstück ablaufen läßt. Daß er dies tun darf, sofern er nur nicht mehr Wasser ableitet, als der Vorteil des berechtigten Grundstücks es erheischt, und sofern dem Eigentümer der dienenden Sache kein

[1]) Vgl. Elvers (S. 146), der annimmt, daß nur der erste Satz der citierten l. 1 § 16 Labeos Worte enthält, während Ulpian nachher in direkter Rede eine herrschende Ansicht berichtet. Das steht übrigens auch im Einvernehmen mit der von uns gegebenen Erklärung der l. 1 § 16 cit.

[2]) cf. Thibaut, Vers. S. 11—19; Seuffert, II, S. 45; Glück, X, 52 und Vangerow, § 340, Anm. 1, 1.

[3]) Eine ziemlich komplizierte Erklärung gibt Elvers (S. 147), doch kommt er damit zu demselben Resultate. Nach ihm ist das Hauptgewicht darauf zu legen, daß der Eigentümer das Wasser zuerst auf sein früheres Grundstück leitet.

Nachteil daraus erwächst, steht mit dem Satze, daß eine Servitut nicht über das Bedürfnis hinaus bestellt und ausgeübt werden darf, nicht im Widerspruch.

B. Das Erfordernis der causa perpetua.

Aus der Natur der Prädialservituten als dinglicher Rechte an einem Grundstück zum Vorteil eines andern ergibt sich nun für ihren Inhalt die weitere Beschränkung, die in dem Satze enthalten ist: „Omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent[1])." Nicht eine, wenn auch nur zufällige, Tätigkeit des Eigentümers des dienenden Grundstücks oder eine auf demselben befindliche vorübergehende Einrichtung vermag für das herrschende Grundstück den Nutzen zu gewähren, den eine Prädialservitut bezweckt, sondern es muß das dienende Grundstück selbst in seinem Verhältnis zum herrschenden, und zwar infolge seiner Naturbeschaffenheit und Zweckbestimmung, die Möglichkeit der dauernden Ausübung der Servitut gewährleisten[2]). Hiermit ergeben sich, wie Vangerow (l. c.) und Elvers[3]) (l. c.) m. E. sehr zweckmäßig[4]) folgern, die beiden Richtungen, nach denen wir die durch die causa perpetua gezogene Schranke zu betrachten haben.

Einmal darf also keine Tätigkeit des Eigentümers der dienenden Sache den Gegenstand der Servitut bilden.

---

[1]) l. 28 D. 8, 2.

[2]) Vgl. hierzu über die verschiedenen Definitionen: Zielonacki, S. 55; Zachariae, XV, § 13; Münter, I, § 11; Schönemann, § 30, 3; Elvers, § 17; Glück, X, 36 f., § 663; v. Keller, § 163, 6; Kohler, VII, § 12; Brinz, § 188; Arndt, § 183, 6; Sintenis, § 61, 2; Dernburg, P., § 240, 3; Windscheid, § 209, 3; Vangerow, § 340, Anm. 1, 3; Puchta, § 253, 2; Höpfner, § 351, 5; Heineccius, § 26; Luden, § 18.

[3]) Vgl. auch Schrader, S. 312, und Seuffert, II, S 44.

[4]) Vgl. dagegen Schönemann, § 30, 3.

Bevor wir jedoch diesen Satz aus l. 28 D. 8, 2 beweisen und daraus unsere Schlüsse ziehen, müssen wir auf die vielfachen Erklärungen eingehen, welche jene Stelle erfahren hat. Die erwähnte l. 28 D. 8, 2, die ich ihrer Wichtigkeit wegen ganz aufnehme, lautet folgendermaßen: Paulus libro quinto decimo ad Sabinum: Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit): at quod ex caelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest. stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet."

Je nachdem man in unserer Stelle den Speisesaal als die herrschende oder dienende Sache auffaßt, sind die Erklärungen verschieden. Für die erstere Alternative entscheidet sich Glück[1]) und meint, es handele sich um einen Vertrag zwischen dem Eigentümer des Speisesaals und seinem Nachbarn, daß dieser durch seine Leute das zur Reinigung des Fußbodens im Hause des andern nötige Wasser durch das hierzu vorhandene Loch in einer zu diesem Zwecke angebrachten Rinne aus seinem Brunnen solle pumpen lassen[2]). Abgesehen nun davon, daß hier Glück eine Menge Voraussetzungen hineininterpretiert, zu deren Annahme wir nicht die mindeste Berechtigung haben, wäre eine derartige Servitut schon nach dem allgemeinem Grundsatze[3]): servitus in faciendo consiterre

[1]) Bd. X, S. 39.
[2]) Ähnlich auch Höpfner, § 351, 5, und Heineccius, § 29.
[3]) l. 15 § 1 D. 8, 1.

nequit unmöglich, und es wäre, wie Elvers (S. 153) bemerkt, auffallend, daß Paulus „diesen Fall nicht sachgemäßer bei Besprechung dieser Lehre behandelt hätte“ [1]).

Doch selbst, wenn man mit Schrader [2]) annimmt, daß das Wasser nicht wegen der Dienstbarkeit herbeigeschafft wird, sondern vielleicht durch das Gewerbe des Eigentümers des dienenden Grundstücks dorthin kommt, so ergäbe sich aus unserer Stelle, die das Vorhandensein der perpetua causa dann nur für den Fall leugnet, daß kein Regenwasser zugeflossen sei, immer noch folgende Inkonsequenz: Im ersten Teile wird eine Wasserleitungsservitut zugelassen, aus einer durch Regen entstandenen Cisterne, — denn in einer solchen müßte man das Wasser sammeln, um es in das Speisezimmer zu leiten (Elvers, S. 157), — und im zweiten Teile wird eine Wasserleitungsservitut aus einem See oder Sumpfe, zu dem doch auch Regenwasser gelangt, wegen mangelnder perpetua causa für unstatthaft erklärt [3]).

Hoffmann [4]), der den Begriff der causa perpetua dahin definiert, daß die Ausübung der Servitut erstens für die Dauer und zweitens bloß durch die Mittel möglich sein muß, die in der Natur der konkreten Servitut enthalten sind, und der Ansicht ist, daß es hierbei sowohl auf die Beschaffenheit des praedium dominans als des praedium serviens ankomme [5]), faßt ebenfalls in unserer Stelle den Speisesaal als die herrschende Sache auf. Jedoch meint er, es handele sich um eine Servitut, wonach das zur Reinigung des Fuß-

[1]) Vgl. auch Luden, § 18, Anm. 7; Schrader, S. 309, Anm.

[2]) der diese Vermutung allerdings ganz allgemein mit Rücksicht auf das dienende Grundstück, und nicht, wie Elvers anzunehmen scheint, für den Fall obiger Auslegung aufstellt. Schrader faßt die fragliche Stelle ganz anders auf.

[3]) cf. Elvers, S. 153, 154.

[4]) § 21.

[5]) Vgl. dagegen Schrader, S. 312, und Stever, S. 65.

bodens gebrauchte Spülwasser durch das Loch in das Nachbargrundstück abgeleitet werden solle[1]). Dies sei nur dann zulässig, wenn zu jener Öffnung Regenwasser gelange, denn alsdann sei die beständige Ausübung der Servitut möglich, „ohne daß es der Anwendung weiterer der Servitut fremder Mittel bedürfe." Hiergegen wendet Elvers (S. 155) ein, daß es zu einer solchen Feststellung, welches Mittel der Ausübung in der Natur der konkreten Servitut enthalten sei, nötig wäre, daß die Arten der einzelnen Servitutenbildungen ein für alle Mal fest bestimmt wären, während sie doch tatsächlich, abgesehen von den gesetzlichen Beschränkungen, der Parteiwillkür überlassen waren, so daß sich die Mittel aus der Art der einzelnen Servitut ergaben. Warum aber, fährt Elvers fort, „das Abspülen des Estrichs ein in der konkreten Servitut nicht enthaltenes Mittel" sein soll, sei nicht zu erkennen und auch von Hoffmann nicht bewiesen. Gegen die ganze Auffassung der fraglichen Stelle aber macht Elvers (S. 154) „die große Disharmonie" geltend, die sich dann in unserer Stelle fände, indem aus der Tatsache, daß von dem herrschenden Grundstück kein Wasser abgeleitet werden dürfe, weil bei ihm die causa perpetua fehle, allgemein die Unzulässigkeit von Wasserleitungsservituten gefolgert werde für den Fall, daß das dienende Grundstück dem Erfordernis der causa perpetua nicht genüge.

Auch Windscheid[2]) und Dernburg[3]) fassen den Speisesaal als herrschendes Grundstück auf mit der Berechtigung des Eigentümers, das gebrauchte Spülwasser auf das Nachbargrundstück ablaufen zu lassen, und citieren unsere Stelle als Beispiel dafür, daß das durch die Ser-

[1]) So auch Dernburg, § 240, 3, 16; Windscheid, § 209, 3, 7; Münter, I, § 11; Böcking, § 162, 54.

[2]) § 209, 3, Anm. 7.

[3]) P. § 240, 3, Anm. 16; vgl. dagegen Kohler, VII, § 12, Note 36, und S. 193.

vitut zu befriedigende Interesse ein dauerndes sein müsse[1]), und daß das Bedürfnis nicht erst durch eine Tätigkeit des Eigentümers entstehen dürfe[2]). Dagegen läßt sich m. E. einwenden, daß das Interesse, den Speisesaal zu reinigen und das Wasser ablaufen zu lassen, doch sicher als ein dauerndes anzusehen ist[3]), und daß das unmittelbare Bedürfnis nicht in dem Ablaufen des Wassers als einer Folge des Abspülens des Fußbodens, sondern eben in der Reinigung desselben zu erblicken ist, also ohne besonderes Zutun des Eigentümers, allein als eine Folge des Eigentums vorhanden ist.

Auch Donellus[4]) nimmt einen Mangel der causa perpetua für den Fall an, daß zur Ausübung der Servitut Handlungen von seiten des Berechtigten erforderlich sind, jedoch mit der Einschränkung, daß die Bedingung der causa perpetua erfüllt sei, „si eius (quod nascitur ex facto nostro) habendi causa praedium, aut pars praedii, in qua id habetur, parata est." Die perpetuitas des praedium überträgt er auf alle Gegenstände, die der Zweckbestimmung desselben dienen, und so habe z. B. die servitus fumi immittendi eine causa perpetua, da der Ofen des Grundstücks wegen vorhanden und dazu bestimmt oder wenigstens bereit sei, immer Feuer zu haben. Diese Ansicht bezeichnet Hoffmann (S. 56) als unhaltbar, weil man in allen Fällen, in denen zur Ausübung der Servitut Handlungen von seiten des Berechtigten erforderlich seien, sagen könne, „daß das Prädium um des Resultats jener Handlungen willen da sei"[5]), und außerdem könne man aus der per-

[1]) Windscheid.

[2]) Dernburg.

[3]) Auch für römische Wohngebäude, vgl. Windscheid, l. c, Anm. 8.

[4]) lib. XI c, 3, §§ 4, 5, 10.

[5]) Vgl. auch Schrader, S. 315, 316.

petuierlichen Natur der Prädia allein nicht auf die causa perpetua der Servitut schließen.

Schrader[1]), der das Erfordernis der perpetua causa für das herrschende Grundstück in Abrede stellt[2]), macht außerdem geltend, daß man mit dieser Beziehung der causa perpetua auf das herrschende Grundstück mit ganzen Klassen giltiger Dienstbarkeiten in Widerspruch gerate[3]), so namentlich mit den Wasserleitungsgerechtigkeiten bei Anwendung der seiner Meinung nach ursprünglichen Bedeutung der perpetua causa in Bezug auf die Verminderung von Wasserbehältern, die doch kaum je als herrschend vorkommen könnten, und allgemein mit allen Dienstbarkeiten, die nur durch menschliche Handlungen ausgeübt werden können, besonders den Wegegerechtigkeiten[4]).

Schrader[5]) faßt daher, ebenso wie Zielonacki (S. 57), Elvers (S. 155 f.), Kohler (S. 192, 193), Seuffert (II, S. 43, 44) und Vangerow (§ 340, Anm. 1, 3a) den Speisesaal als dienendes Grundstück auf, und hiernach ist die Erklärung unserer Stelle folgende: Es handelt sich um eine Servitut, wonach der Eigentümer des Nachbargrundstücks berechtigt sein soll, das zur Reinigung des Speisesaals gebrauchte Wasser, das gewöhnlich auf sein Grundstück fließt, zu benutzen. Dieses Recht kann aber nicht Gegenstand einer Servitut sein, ja nicht einmal nach Ablauf der Verjährungszeit als solche erworben werden; denn zu seiner Ausübung wird eine Tätigkeit des Eigentümers des dienenden Grundstücks vorausgesetzt, zu deren regelmäßiger Vornahme er auf Grund der Servitut außerdem nicht verpflichtet werden

[1]) l. c., S. 312 ff.
[2]) Vgl. auch Stever, S. 65.
[3]) Vgl. auch Elvers, S. 154, und Heineccius, § 28.
[4]) cf. Schrader, S. 315, und Elvers, S. 154.
[5]) S. 314.

kann. Besteht der Abfluß jedoch in Regenwasser, hat er also eine natürliche Ursache, so wird dadurch der Mangel der causa perpetua gehoben.

Elvers (S. 156) gibt selbst zu, daß man dieser Erklärung entgegenhalten könne, auf diese Weise werde anfangs eine Wasserleitungsgerechtigkeit, „die bloß auf Regenwasser basiert sei," zugelassen, während später eine solche aus einem See oder Sumpfe, wo doch auch Regenwasser hineingelange, für unzulässig erklärt werde. Er verteidigt sich jedoch dagegen mit dem Hinweis, daß im ersten Falle das Regenwasser nicht erst gesammelt würde, wodurch es seinen „Charakter als Regenwasser" verlöre, sondern ebenso wie bei den servitutes stillicidii oder fluminis unter Bewahrung dieser Eigenschaft auf das Nachbargrundstück gelange. Die hierin immer noch vorhandene Inkonsequenz, die Elvers ebenfalls nicht leugnet, ist weiter unten zu besprechen.

Dem vielfach erhobenen Einwand[1]) gegenüber, daß eine Servitut auf Bezug des schmutzigen Spülwassers doch eine recht eigenartige wäre[2]), macht Elvers (S. 157) auf den Wert aufmerksam, den diese Servitut für die Bewässerung des Nachbargrundstücks haben kann, und daß zu diesem Behufe das Spülwasser des Speisesaals doch genüge; Kohler (S. 193) sagt sogar: „Was die Alten in ihren Speisesälen nicht alles auf den Boden warfen und was durch das Spülloch hinunterkam! Dies mochte manchem als verwertbar erscheinen."

Wenn so bis jetzt alle Angriffe gegen die zuletzt erwähnte Auslegung zurückgewiesen sind, so bleibt doch noch ein erheblicher Zweifel gegen ihre Richtigkeit, den auch die Gründe, die Elvers dagegen geltend macht, nicht ganz

[1]) Vgl. besonders Dernburg, P., § 240, 3, 16.

[2]) Das ist übrigens gar kein eigentlicher Einwand gegen die zuletzt gegebene Erklärung der l. 28 cit.; denn eben wegen ihrer Eigenart wird ja die dort erwähnte Servitut für unzulässig erklärt.

zu heben vermögen. In l. 29 D. 8, 2, deren Wichtigkeit besonders Hoffmann (S. 58)[1]) betont, sagt Pomponius im 32. Buche an Quintus Mucius: „Si quid igitur ex eo foramine, ex quo servitus non consistit, damnum vicinus sensisset, dicendum est damni infecti stipulationem locum habere, und hiernach ist offenbar das Grundstück, in dessen Mauer sich das Loch befindet, das herrschende. „Allein diese Stelle, welche von einem ganz andern Juristen stammt und sich ursprünglich auf einen ganz andern Fall bezogen haben wird", meint Elvers[2]), „beweist uns nur, welchen Sinn die Kompilatoren jener l. 28 beigelegt haben," und verliere ihre Bedeutung, wenn man die Leichtfertigkeit berücksichtigt, mit welcher die einzelnen Fragmente besonders in den Servitutentiteln „oft auf den bloßen Wortklang hin" zusammengestellt sind, und daß die l. 28 der Sabinianischen, die l. 29 der Ediktal-Klasse angehört.

Mag nun auch die Bedeutungslosigkeit der l. 29 bloß auf einer Vermutung von Elvers beruhen, so scheint mir doch die Ansicht, wonach in unserer Stelle die causa perpetua auf das dienende Grundstück bezogen wird, die meiste Wahrscheinlichkeit für sich zu haben. Es soll selbstverständlich nicht in Abrede gestellt werden, daß auch das herrschende Grundstück in gewisser Beziehung dem Erfordernis der causa perpetua genügen muß, aber das ist nur insofern nötig, als seine natürliche Beschaffenheit das Vorhandensein eines dauernden Interesses gewährleisten muß. Was jedoch das dienende Grundstück betrifft, so muß dessen Naturbeschaffenheit derartig sein, daß allein durch diese die Ausübung der Servitut ermöglicht wird, ohne daß irgend eine Tätigkeit des Eigentümers des dienenden Grundstücks vorausgesetzt werden müßte.

---

[1]) Vgl. auch Böcking, § 162, 54.

[2]) S. 157, 158.

Unter den Worten „quod manu fit“ ist natürlich, wie Glück[1]) sagt, nicht das zu verstehen, was überhaupt durch Menschenhände geschieht[2]), — man denke nur an die Mauer bei der servitus oneris ferendi und tigni immittendi, oder an den Kamin bei der servitus fumi immittendi —, sondern sie bedeuten soviel wie „quod manuaria domini praedii servientis opera perficitur.“

Von dem allgemeinen Grundsatze: servitus in faciendo consistere nequit unterscheidet sich jene in der causa perpetua enthaltene Schranke dadurch, daß durch sie auch solche Handlungen ausgeschlossen werden, die nicht gerade zum Zwecke der Servitut, sondern aus irgend welchen andern Gründen vorgenommen werden[3]).

Der zweite Satz, der aus der oben (S. 17) gegebenen Definition der causa perpetua folgt, ist der, daß das dienende Grundstück vermöge seiner natürlichen Beschaffenheit die fortgesetzte Ausübung der Servitut für die Dauer zu gewähren imstande sein muß[4]), so daß derselben, abgesehen von unvorhersehbaren, außergewöhnlichen Ereignissen, keine Hindernisse entgegentreten. Es darf „das Wann und Wie des Unterganges nicht schon bei der Konstituierung der Servitut zu Tage liegen“[5]).

Diese Regel wird praktisch anwendbar besonders bei solchen Servituten, die auf einen steten Verbrauch gerichtet sind. Hier muß der Vorrat des dienenden Grundstücks derart sein, daß er sich immer wieder von selbst ergänzt, also durch die dauernde Ausübung der Servitut nicht erschöpft werden kann, oder aber er muß zum mindesten so

[1]) X, S. 39.

[2]) Vgl. auch Heineccius, § 28.

[3]) cf. Vangerow, § 340, Anm. 1, 3a, und Schrader, S. 309.

[4]) Vgl. hierzu Böcking, § 162, S. 232.

[5]) Elvers, S. 159.

groß sein, daß der Zeitraum, der bis zu seiner Erschöpfung vergeht, dem „täglichen Leben als eine Ewigkeit" erscheint[1]).

Für den ersten Fall bilden die Wasserleitungs- und Wasserschöpfgerechtigkeiten[2]) ein Beispiel, die nicht an einem lacus, stagnum oder einer cisterna, sondern nur an aqua viva et perennis zugelassen werden[3]). So heißt es in l. 1 § 5 D. 43, 20: nulla enim alia aqua duci potest, nisi quae perennis est, und in l. 1 § 4 D. 43, 22: Hoc interdictum (de fonte) de cisterna non competit: nam cisterna non habet perpetuam causam nec vivam aquam. ex quo apparet, in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit: cisternae autem imbribus concipiuntur. denique constat interdictum cessare, si lacus piscina puteus vivam aquam non habeat." Vgl. außerdem l. 28 D. 8, 2 a. E.

Daß aber auch solche Servituten zugelassen werden, durch deren Ausübung der auf dem dienenden Grundstück befindliche Vorrat allmählich erschöpft wird, beweist die Giltigkeit der servitutes harenae fodiendae, calcis coquendae, cretae oder lapidis eximendi, die aus l. 5, 6 § 1 D. 8, 3 hervorgeht. Nur darf das betreffende Lager nicht etwa durch ein einmaliges zufälliges Ereignis auf dem dienenden Grundstück entstanden und im Verhältnis zu dem Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks so gering sein, daß eine baldige Erschöpfung zu erwarten steht[4]).

Mit dem Erfordernis der perpetua causa im Zusammenhange steht die Tatsache, daß man ursprünglich

[1]) cf. Elvers, S. 160.

[2]) Daß auch für Wasserschöpfgerechtigkeiten aqua viva gefordert wird, ergibt sich aus l. 1 § 1 D. 43, 22 in Verbindung mit l. 1 § 4 D. eod.; cf. Elvers, § 17, Anm. q.

[3]) Vgl. auch Heineccius, § 28 a. E.

[4]) cf. Vangerow, § 340, Anm. 1, 3 b, und Elvers, S. 160.

weder Zeitbestimmungen noch Bedingungen bei der Bestellung der Servituten zuließ[1]).

Dieser Grundsatz, der nie ganz folgerecht durchgeführt worden ist[2]) und in der Kaiserzeit aufgehoben wurde[3]), gehört jedoch nicht zu den eigentlichen Inhaltsbeschränkungen und ist daher hier nicht weiter zu behandeln.

Betrachten wir nun noch mit einem kurzen Blick die soeben über die causa perpetua entwickelten Grundsätze hinsichtlich ihrer Anwendung auf die Wasserservituten im besonderen, so finden wir, daß dieselbe nicht immer mit derselben Strenge durchgeführt worden ist, eine Erscheinung, welche der Erklärung bedarf. Schon oben wurde auf die Inkonsequenz hingewiesen, welche die Gestattung der Traufgerechtigkeiten im Gegensatz zur Unzulässigkeit der Wasserservituten an einem lacus, stagnum oder einer cisterna bedeutet. Wenn auch letztere nur von einem solchen lacus oder stagnum gilt, der keine Quellen oder sonst irgend welchen Zufluß durch Bäche oder Flüsse hat[4]), so ist es doch sehr leicht möglich, daß auch ein solcher oder eine Cisterne einen dauernden Nutzen zu gewähren vermag, wenn nämlich, was meist bei einer bloßen Schöpfgerechtigkeit[5]) der Fall sein wird, der Wasserverbrauch ein so geringer ist, daß der Vorrat bis zu der Zeit, wo er wieder neue Speisung durch Regen erhält, nie völlig erschöpft wird. Und selbst, wenn eine Cisterne durch Ausübung der Servitut bisweilen völlig geleert würde, so müßte doch nach den allgemeinen Prinzipien die Tatsache, daß sich die Cisterne beim nächsten Regen ohne Zutun

---

[1]) cf. Dernburg, P. § 240, 3; l. 4 pr. D. 8, 1.

[2]) Vgl. l. 7 § 1 D. 8, 4; l. 23 § 1 D. 8, 2; l. 10 D. 8, 3; l. 21 D. 8, 5.

[3]) Vgl. l. 4 pr. D. 8, 1 a. E.

[4]) cf. l. 1 § 8 D. 43, 20 und l. 1 § 4 D. 43, 22 a. E; außerdem Elvers, S. 161, Glück, X, S. 43.

[5]) Vgl. auch S 26, Anm. 2.

des Eigentümers von selbst wieder füllt, genügen, um eine Servitut zuzulassen[1]), zumal wenn man bedenkt, daß bei der servitus stillicidii non avertendi der Gebrauch, den der Berechtigte hierbei von dem Regenwasser machen kann, ein noch unregelmäßigerer sein wird, als bei den vorher genannten Servituten. Und doch wird diesen ohne Gnade jede Geltung versagt!

Schrader[2]), dem Seuffert[3]) fast wörtlich zustimmt, ist der Ansicht, das Erfordernis der causa perpetua sei ursprünglich nur bei Wasserbenutzungsdienstbarkeiten vorgekommen und habe hier soviel bedeutet wie aqua viva, die man wegen der Seltenheit der Servituten an totem Wasser und deren größerer Lästigkeit für den Herrn des dienenden Grundstücks forderte. Die causa perpetua habe hauptsächlich dann gemangelt, „wenn der ganze Wasservorrat von Menschenhänden herbeigeschafft werden mußte."

Diese Regel sei dann allgemein auf die Servituten übertragen worden, und so habe man der perpetua causa gleichgesetzt, quod ex naturali causa fit, im Gegensatz zu quod manu fit[4]).

Mag nun die Schradersche Meinung richtig sein oder nicht, — Hoffmann (S. 57, 58) und Zielonacki (S. 60) bestreiten es —, so haben wir doch sicher den Grund für die strengen Bestimmungen bei Wasserleitungs- und Wasserschöpfgerechtigkeiten in der historischen Entwickelung des Servitutenrechts zu suchen[5]), und da scheint mir Elvers (S. 163 ff.) die richtige Erklärung zu geben,

---

[1]) cf. Elvers, S. 162.

[2]) Civil. Abh., V, § 6.

[3]) Erört. II, X, § 3.

[4]) Über die Abgrenzung dieses Begriffes von dem Grundsatze: servitus in faciendo consistere nequit siehe oben S. 25.

[5]) Vgl. auch Kohler, S. 194.

wenn er diese Eigentümlichkeiten auf das hohe Alter[1]) der Wasserleitungsservituten zurückführt, die ja in einer Zeit entstanden waren, wo „das ganze Recht noch den Charakter der Starrheit und Unbeholfenheit trug“[2]). Wenn nun auch „mit echt römischer Zähigkeit“[3]) an den einmal aufgestellten Grundsätzen festgehalten wurde, so war man dagegen weniger streng in der Zulassung der später entstandenen servitutes stillicidii oder fluminis non avertendi, bei denen man daher trotz ihrer Ähnlichkeit mit den Wasserleitungsgerechtigkeiten aqua viva in dem Sinne wie bei diesen nicht forderte[4]).

Man hat vielfach[5]) das Erfordernis der perpetua causa nach der in unserm zweiten Satze (S. 25) behandelten Richtung für die spätere Zeit in Abrede gestellt, jedoch nur auf Grund unrichtig verstandener Digestenstellen. Besonders wird dafür angeführt die l. 9 D. 8, 3: Paulus libro primo sententiarum: Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet. — Hiermit ist aber nicht, wie von manchen behauptet wird, für die neuere Zeit[6]) die Zulässigkeit von Wasserleitungs- und Wasserschöpfgerechtigkeiten auch an einem lacus, stagnum oder einer cisterna ausgesprochen, sondern lediglich der vom älteren Rechte aufgestellte Satz[7]), daß diese Servituten nur ex capite vel ex fonte konstituiert werden durften, dahin gemildert, daß sie nunmehr von jedem beliebigen Punkte des Wasser-

[1]) S. 1.

[2]) Elvers, S. 163.

[3]) Elvers, S. 104.

[4]) cf. Elvers, S. 166.

[5]) Vgl. besonders Thibaut, System, § 606; Heineccius, de causa perp., § 26 und Höpfner, § 35, 1, 5 a. E.

[6]) Unter hodie versteht man eine Konstitution des Kaisers Caracalla, vgl. Glück, X, S. 49.

[7]) l. 1 § 7, 8 D. 43, 20.

laufes ihren Ausgangspunkt nehmen können[1]). Die Richtigkeit dieser Auslegung ergibt nicht nur der Wortlaut der l. 9 cit., sondern auch der Umstand, daß jene Stelle von Paulus stammt, der in l. 28 D. 8, 2 die Unzulässigkeit von Wasserleitungsservituten an stagnierenden Gewässern ausdrücklich betont[2]).

Wenn ferner in l. 2 D. 8, 4 Kaiser Antonin die Bestellung der auch nach älterem Rechte unzulässigen servitutes aquae per rotam ex flumine tollendae vel hauriendae und der servitus aquaeductus ex castello durch ein Reskript befürwortet, so ist auch darin nicht ein Bruch mit den Grundsätzen der causa perpetua zu erblicken, sondern, wie Vangerow (l. c.) annimmt, nur die Modifikation enthalten, daß dauernde Anlagen auf dem dienenden Grundstücke, auch wenn sie von dessen Eigentümer herrühren, den Gegenstand einer Servitut bilden können, analog der schon früher zulässigen servitutes oneris ferendi, tigni immittendi, fumi immittendi (vgl. S. 25). Von den vielfachen Erklärungen[3]), warum in früherer Zeit die Anwendung eines Wasserrades zwecks Ausübung der Servitut nicht zugelassen wurde, ist die wahrscheinlichste wohl die, daß bei der unvollkommenen Technik der früheren Zeit die Wasserräder dem wechselnden Stande des Wassers nicht zu folgen vermochten und so nur einen unregelmäßigen Gebrauch gestatteten[4]).

[1]) Vgl. Donellus, lib. XI cap. 3, § VIII, und Stever, c. 2, § 5, S. 65 oben.

[2]) cf. Vangerow, § 340, Anm. 1, 3b; Elvers, S. 163, Anm. t, und Hoffmann, S. 61.

[3]) Zu verwerfen ist vor allem die Annahme, welche das Wasserrad als dem Herrn des herrschenden Grundstücks gehörig auffaßt; ob dieser mit einem Eimer oder einem Wasserrade schöpft, ist doch völlig gleichgiltig. cf. Vangerow, loc. cit. und Elvers, § 17, Anm. m.

[4]) cf. Schrader, S. 318; Glück, X, S. 44 ff.; Elvers, § 17, Anm. m.

C. Das Erfordernis der vicinitas.

Ein Blick auf die vorhergehende Darstellung genügt, um zu sehen, daß das leitende Motiv, welches zu den Grundsätzen über die causa perpetua führte, der an den Anfang gestellte Satz war, daß eine Prädialservitut dem herrschenden Grundstücke Nutzen bringen müsse. Als weitere unmittelbare Folge dieses Prinzips erweist sich auch die dritte Inhaltsbeschränkung, das Erfordernis der vicinitas. Besonders deutlich spricht es neben vielen andern Stellen[1]) die l. 5 § 1 D. 8, 3 aus: „Neratius[2]) libris ex Plautio ait nec haustum nec appulsum pecoris nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat . . . .“ Aus diesem Fragment, wo die vicinitas gerade bei Servituten verlangt wird, deren Ausübung denselben Nutzen gewähren kann, wenn die beiden Grundstücke nicht unmittelbar aneinanderstoßen, ergibt sich zugleich, daß die Römer ursprünglich wirkliche Nachbarschaft gefordert haben[3]). Die Erklärung hierfür liegt in den zur Zeit der Entstehung der Servituten noch sehr primitiven Verkehrsverhältnissen, welche die Bestellung der damals überhaupt selten vorkommenden Servituten nur zwischen benachbarten Grundstücken zuließen[4]). Mit den Zeiten änderten sich auch die Rechtsanschauungen, und so verstand man später unter vicinitas nur eine solche örtliche Lage der Grundstücke, welche die Ausübung der Servitut zum Nutzen des herrschenden Grundstücks erforderte[5]).

---

[1]) l. 6 § 5 D. 19, 1; l. 2 § 1 D. 8, 5; l. 17 D. 45, 3 u. a.

[2]) Der Prokulianer Neratius Priscus lebte unter Trajan (98—117).

[3]) cf. Jacob, S. 7.

[4]) cf. Jacob, S. 8.

[5]) Vgl. über die verschiedenen Definitionen: Jacob, S. 9; Vangerow, § 340, Anm. 1, 2; Dernburg, P., § 240, 2; Windscheid, § 209, 4; Jörs, § 34, 1 b, Elvers, § 18; Hoffmann, § 17;

Das beweisen die Worte Ulpians in l. 6 pr. D. 8, 4: „Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non."

Auch hier[1]) hat man vielfach[2]) eine Ausnahme für den Fall der Retention einer Servitut angenommen. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung haben wir bereits oben nachgewiesen, hier folgt sie aber abgesehen davon schon aus der Tatsache, daß in unserer Stelle vom Erfordernis der vicinitas auch für den Fall abgesehen wird, wo dem zurückbehaltenen Grundstück zu Gunsten des verkauften eine Servitut auferlegt wird, von einer Retention der Servitut also keine Rede ist[3]). Vielmehr kann der Schlußsatz unseres Fragments nur so gedeutet werden, daß hier das Wort „vicinae" in der ursprünglichen Bedeutung gebraucht und damit gesagt ist, daß unmittelbares Angrenzen der Grundstücke nicht erforderlich ist.

Auf alle Fälle muß aber trotz der Entfernung der Nutzen des herrschenden Grundstücks erreicht werden, und so heißt es in l. 5 D. 8, 5: „ . . . . si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius

---

v. Keller, § 163, 3; Brinz, § 188, 1; Arndt, § 183, 2; Sintenis, § 61; Zielonacki, S. 61; Schönemann, § 30, 2; Luden, § 18, 2; Böcking, § 162, S. 233; Puchta, § 253, 3.

[1]) Vgl. oben S. 5 ff.

[2]) Vgl. Thibaut, civil. Abhandlg., S. 43 ff.; Schrader, S. 324; Ihering, Jhrb. X, S. 553.

[3]) cf. Jacob, S. 22 ff.; Zielonacki, S. 62, 63; Elvers, S. 167; Hoffmann, S. 45; Dernburg, P., § 240, Anm. 12; Vangerow, § 340, Anm. 1, 2; Windscheid, § 209, Anm. 9; Pernice, S. 110.

tollere, licet tuis non imponatur: quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis[1]).

Wie weit dürfen nun aber die beiden Grundstücke von einander entfernt sein? — Darüber erfahren wir aus den Quellen nichts Bestimmtes, vielmehr werden im einzelnen Falle die Umstände zu entscheiden haben.

Zwar sprechen die einschlägigen Digestenstellen immer nur von drei oder vier dazwischenliegenden Grundstücken[2]), es ist aber auch nirgends gesagt, daß dies der höchst zulässige Zwischenraum wäre.

Schrader (S. 323, 324), welcher die allerdings nicht unbestrittene[3]) Behauptung aufstellt, daß „die fast einzig für große Entfernungen einigermaßen geeignete" Dienstbarkeit die Weidegerechtigkeit sei, die wegen der vielen öffentlichen Weideplätze auf dem ager publicus überhaupt sehr selten vorkam, ist der Ansicht, daß eben wegen dieses seltenen Bedürfnisses, eine Servitut an einem weit entfernten Grundstücke zu errichten, eine solche Bestellung sich mit den Grundsätzen der vicinitas nicht vertrug.

Elvers[4]) dagegen schließt aus dem Umstande, daß in l. 6 § 1 D. 8, 3 a. E. dem Inhaber einer Weide- oder Viehtriftgerechtigkeit das Recht zugestanden wird, auf dem dienenden[5]) Grundstücke eine Schutzhütte gegen Unwetter zu haben, auf die Zulässigkeit von Servituten auch an einem weit entfernten Grundstück, falls für das herrschende ein Nutzen vermutet werden könnte. Doch ist nach Jacobs[6]) Ansicht die von Elvers angeführte Stelle belanglos, da auch bei nächster Nähe des herrschenden Grundstücks im Falle eines plötzlichen Unwetters die Schutzhütte ihren

[1]) Vgl. auch l. 38, 39 D. 8, 2.
[2]) cf. Jacob, S. 9.
[3]) Vgl. Elvers, S. 168, 169.
[4]) S. 169.
[5]) Vgl. dagegen Kohler, VII, § 9.
[6]) S. 9, 10.

Zweck erfülle. Es beweisen also beide Ansichten nichts Bestimmtes. Wie gesagt, werden die konkreten Verhältnisse bestimmend sein, und da ergeben schon die einzelnen Arten der Servituten einen natürlichen Maßstab. So werden z. B. die servitutes protegendi oder proiciendi, oneris ferendi, tigni immittendi ebenso wie die servitutes ne luminibus officiatur meist unmittelbare Nachbarschaft der Grundstücke voraussetzen, während z. B. die Wege-, Weide- und Aussichtsgerechtigkeiten auch zwischen entfernten Grundstücken möglich sind.

Besonders wesentlich ist die Unterscheidung der einzelnen Arten der Servituten für die Behandlung der vicinitas hinsichtlich der Beschaffenheit des Zwischenraumes. Hier machten die Römer den gebräuchlichen Unterschied zwischen Urbanal- und Rustikalservituten[1][2]). So sagt Paulus in l. 7, § 1 D. 8, 3: „In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit." Wenn hier für die Rustikalservituten unbedingt das Erfordernis der vicinitas ausgesprochen wurde, allerdings nur in dem Sinne, daß „ununterbrochene örtliche Verbindung"[3]) zwischen beiden Grundstücken genügte, so unterlagen die Urbanalservituten keiner solchen allgemeinen Regel; vielmehr werden sie einzeln nach ihrer Art behandelt. Z. B. durfte bei den servitutes immittendi, protegendi, prohibendi nicht einmal ein locus publicus zwischen beiden Grundstücken liegen[4]), bei andern, besonders den Aussichtsgerechtigkeiten,

[1]) Vgl. auch Jacob, S. 12. [2]) Worauf sich dieser Unterschied gründet, ist bestritten. Die einen (Elvers, S. 316 ff.; Zielonacki, S. 28; Puchta, S. 276; Höpfner, § 350; Glück, IX, S. 21 ff.) lassen die Eigenschaft des herrschenden Grundstücks als eines Gebäudes oder Grundstücks, andere die Beschaffenheit des dienenden Grundstücks, wieder andere z. B. Stever (S. 40 ff.) und Vangerow (§ 339, II) den Inhalt der Servitut entscheiden.

[3]) cf. Jacob, S. 13.

[4]) cf. l. 1 pr. D. 8, 2.

waren dazwischenliegende Grundstücke der Bestellung nicht hinderlich[1]), und in l. 39, D. 8, 2 wird sogar nur verlangt, daß man von dem einen auf das andere Grundstück sehen könne. Zwar haben manche Glossatoren[2]), durch die eben angeführten Stellen über die Licht- und Aussichtsgerechtigkeiten veranlaßt, für die Urbanalservituten das entgegengesetzte Prinzip aufgestellt wie für die Rustikalservituten, auch in neuerer Zeit[3]) hat man diesen Unterschied gemacht, — doch ist man in der Mehrzahl[4]) denjenigen Juristen[5]) gefolgt, die das Erfordernis der vicinitas danach beurteilten, ob zur Ausübung der Servitut Handlungen erforderlich waren oder nicht, d. h. m. a. W. zwischen positiven und negativen Servituten unterschieden[6]). Hiervon weicht auch die ursprüngliche römische Einteilung in Urbanal- und Rustikalservituten wenig ab, da in der Tat die letzteren mit einer einzigen Ausnahme[7]) positiver Natur waren, so daß ein dazwischen

---

[1]) cf. l. 5, l. 4 § 8, l. 6 pr. D. 8, 5; l. 7 § 1 D. 8, 4; l. 38 D. 8, 2.

[2]) Z. B. Accursius; vgl. hierüber Jacob, S. 13, 14.

[3]) Vgl. Münter, S. 74, 75.

[4]) Vgl. Hoffmann, S. 42 ff.; Zielonacki, S. 67, 68; Glück, X, S. 27 ff.; Elvers, S. 169 ff.

[5]) Odofredus, Baldus, Caepolla; vgl. hierüber Jacob, S. 14, 15.

[6]) Im wesentlichen auf dasselbe hinaus kommt die Einteilung von Stever (S. 37 ff.) und Vangerow (§ 339, II.) in servitutes faciendi, prohibendi und habendi, die Stever (l. c.) noch dahin spezialisiert, daß nur bei den letzteren das Wort vicinitas in seiner ursprünglichen Bedeutung gebraucht werde, während es bei den servitutes faciendi soviel wie Ausdehnung der Servitut auf das Nachbargrundstück bedeute und bei den servitutes prohibendi sich mit dem Begriff der utilitas decke. Doch diese Einteilung „verhüllt", wie Jacob (S. 21) sagt, „den Punkt, auf den es in dem vorliegenden Falle allein ankommt".

[7]) l. 15 pr. D. 8, 1.

liegendes „praedium, quod non servit", die Ausübung der Servitut verhinderte[1]).

Wenden wir uns nun zunächst den positiven Servituten zu, so finden wir, daß die Beschaffenheit des Zwischengrundstücks sowohl in rechtlicher als in tatsächlicher Beziehung in Betracht kommt. Eine positive Servitut kann entweder darin bestehen, bestimmte Handlungen auf dem dienenden Grundstück vorzunehmen, zu welchem Zwecke sich der Berechtigte auf dasselbe begeben muß, oder darin, daß er daselbst eine dauernde Vorrichtung inne hat[2]).

Hieraus ergibt sich, daß, falls die beiden Grundstücke nicht aneinandergrenzen, der Inhaber der Servitut das Recht haben muß, das Zwischengrundstück zwecks Ausübung der Servitut zu benutzen.

Am wenigsten hinderlich wird daher ein locus publicus[3]) sein. Jedoch darf der Servitutberechtigte auf demselben auch nur solche Handlungen vornehmen, durch welche das Benutzungsrecht der Allgemeinheit nicht gestört wird. So ist für die Bestellung einer servitus itineris, actus oder haustus ein locus publicus oder eine via publica kein Hindernis[4]), während die servitutes immittendi, protegendi, prohibendi, fluminum, stillicidiorum und aquae ductus durch das Dazwischenliegen eines locus publicus unmöglich gemacht werden, da der über demselben befindliche Luftraum freibleiben muß, und eine Wasserleitung über einen öffentlichen Weg das allgemeine Interesse verletzen würde. Für die letztere besteht jedoch die Modifikation, daß sie mit obrigkeitlicher Genehmigung

[1]) cf. Zielonacki, S. 67; Jacob, S. 21.

[2]) cf. Elvers, S. 171; Jacob, S. 17.

[3]) Vgl. zu folgendem: Elvers, § 18; Jacob, S. 27 bis 38; Zielonacki, S. 68.

[4]) cf. l. 1 pr. D. 8, 2; l. 17 § 2 D. 39, 3; l. 14 § 2 D. 8, 1.

auch über einen öffentlichen Weg gelegt werden kann, wenn dadurch die Allgemeinheit nicht benachteiligt wird[1]).

Ist der dazwischen liegende Ort sacer, sanctus oder religiosus, also dem Privatrecht entzogen[2]), so kann von der Bestellung einer Servitut natürlich keine Rede sein, und eine schon begründete Servitut geht unter, wenn der zwischen den beiden Grundstücken liegende Raum später religios wird[3]).

Gar kein rechtliches Hindernis bietet ein Zwischengrundstück, das dem Servitutberechtigten gehört; denn auf Grund seines Eigentums kann er alle Handlungen auf demselben vornehmen, die zur Ausübung der Servitut erforderlich sind[4]). Veräußert er jedoch das zwischen liegende Grundstück, so wird dadurch die Ausübung der Servitut suspendiert. Doch kann das Servitutrecht wieder aufleben, wenn der Berechtigte vor Ablauf der Verjährungszeit das Grundstück zurückerwirbt oder sich vom Erwerber eine entsprechende Servitut bestellen läßt[5]). Treten diese beiden Fälle jedoch innerhalb der Verjährungszeit nicht ein, so erlischt die Servitut.

Ebenso verhält es sich mit einem zwischenliegenden Grundstück, das dem Eigentümer des dienenden Grundstücks gehört, da dieser verpflichtet ist, dem Berechtigten alle zur Ausübung der Servitut erforderlichen Mittel zu gewähren[6]). Auch hinsichtlich der Folgen einer Ver-

---

[1]) cf. l. 14 § 2 D. 8, 1, und l. 18 § 1 D. 39, 3.

[2]) cf. Sohm, § 37, S. 185.

[3]) cf. l. 14 § 2 D. 8, 1 und l. 17 § 3 D. 39, 3 a. E.; ferner l. 11 pr. D. 8, 4.

[4]) cf. l. 17 § 3 D. 39, 3; l. 7 § 1 D. 8, 4.

[5]) cf. l. 13 D. 8, 6; l. 7 § 1 D. 8, 4.

[6]) Vgl. noch Zielonacki, S. 158; l. 3 § 3 D. 8, 3 u. l. 11 pr. D. 8, 4.

äußerung des Zwischengrundstücks gilt dasselbe wie im vorigen Falle.

Ist das herrschende Grundstück vom dienenden jedoch durch einen Raum getrennt, der im Privateigentum eines Dritten steht, so kann eine giltige Servitut nur bestellt werden, wenn der Dritte die Vornahme der zur Ausübung der Servitut erforderlichen Handlungen auf seinem Grundstück gestattet, d. h. dem Berechtigten eine entsprechende Servitut einräumt. Handelt es sich z. B. um eine Schöpfgerechtigkeit zwischen zwei nicht benachbarten Grundstücken, so kann diese nur bestellt und ausgeübt werden, wenn dem Berechtigten eine Wegeservitut an dem Zwischengrundstück eingeräumt ist[1]). Doch ist nicht unbedingt notwendig, daß die Servitut iure, d. h. nach strengem Civilrecht bestellt ist[2]), es genügt vielmehr auch formloser dinglicher Vertrag nach prätorischem Rechte. Dies entnehmen wir aus l. 23 § 3 D. 8, 3, wo von der Teilung des herrschenden Grundstücks die Rede ist, und die Frage entsteht, ob die Eigentümer auch derjenigen Teile, die nun nicht mehr an das dienende Grundstück grenzen, die Servitut in derselben Weise wie früher ausüben dürfen. Die Antwort, welche unsere Stelle gibt, ist die: „quamvis omnibus partibus servitus debeatur, tamen opus est, ut hi, qui non proximas partes servienti fundo habebunt, transitum per reliquas partes fundi divisi iure habeant aut, si proximi partiantur, transeant," wobei mit „pati" eben eine Verpflichtung prätorischen Rechts gemeint ist[3]). Daher ist auch in l. 7 § 1 D. 8, 3[4]) keine ungenaue Redeweise[5]) des Paulus zu finden, da es gleichgiltig ist, ob die Servitut an dem

[1]) l. 17, § 4, D. 39, 3.
[2]) Jacob, S. 28.
[3]) Vgl. hier Jacob, S. 28, 29.
[4]) Vgl. oben S. 34.
[5]) Vgl. Elvers, S. 173.

Zwischengrundstück iure oder patientia, d. h. nach prätorischem Rechte, eingeräumt ist[1]).

Nach Elvers Meinung genügt hiernach sogar eine allgemeine Berechtigung auf Widerruf. Jedoch ist die Analogie der negativen Servituten, die Elvers als Beweis anführt, m. E. hier nicht anwendbar, da es sich — wie wir gleich sehen werden —, bei negativen Servituten nicht um rechtliche, sondern nur um faktische Hindernisse handeln kann, die eben anders zu behandeln sind wie jene.

Doch bleiben wir zunächst noch bei den positiven Servituten und sehen wir, wie auf diese ein tatsächliches Hindernis wirkt. Hier kann von einer Bestellung natürlich keine Rede sein, wenn die Umstände derartig sind, daß die Ausübung der Servitut tatsächlich unmöglich ist, z. B. wenn ein unergründlicher Sumpf die beiden Grundstücke trennt[2]). Aber nicht nur unbedingte Unmöglichkeit, sondern auch schon große Schwierigkeit der Ausübung wird als faktisches Hindernis angesehen, und so wird in l. 17 § 2 D. 39, 3 eine Wegeservitut über einen öffentlichen Fluß nur dann zugelassen, „si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis." Daß hiernach ein Fluß, der vermittels einer Brücke oder einer Furt leicht überschreitbar ist, die Begründung einer Servitut nicht hindert, dagegen ein solcher, über den man nur mit Hilfe einer Fähre (Kähne oder Schiffe) gelangt, die Bestellung ausschließt, erfahren wir aus l. 38 D. 8, 3[3]).

Die Frage, wie die hierin enthaltene Beschränkung zu erklären sei, ist verschieden beantwortet worden. Hoffmann (S. 63) wendet auch hier sein für die causa perpetua aufgestelltes Prinzip an und erblickt in unserer Stelle den Grund für die Unzulässigkeit der Servitut darin, daß dieselbe nicht durch das in ihrer Natur liegende

[1]) cf. Dernburg, P., § 240, Anm. 12; Jacob, S. 29.

[2]) Vgl. Elvers, S. 173.

[3]) Vgl. auch l. 17 § 3 D. 39, 3.

Mittel, nämlich das Gehen, ausgeübt werden können. Die Unzulänglichkeit dieser Erklärung ergibt sich aus dem oben S. 19, 20 über die Hoffmannsche Theorie Gesagten. Ebenso liegt nach der Ansicht des Donellus[1]) ein Mangel der causa perpetua vor, und zwar deswegen, „quod pontones non semper sint ad manum, ut ire et commeare liceat, quoties libet aut expedit". Die Unrichtigkeit dieser Auslegung beweist die in l. 23 § 1 D. 8, 3 ausgesprochene Zulässigkeit einer servitus navigandi, deren Ausübung doch auch nur möglich ist, wenn Fahrzeuge zur Hand sind[2]). Der Grund der erwähnten Bestimmung ist vielmehr ein historischer und nur so zu erklären, daß unsere Stelle, die ja von einer der vier ältesten Servituten handelt, aus einer Zeit stammt, wo die Schiffahrt noch so unentwickelt war, daß die Überfahrt über einen großen Fluß wegen ihrer Schwierigkeit und Gefahr nicht als ein Mittel erschien, um die dauernde, regelmäßige Ausübung einer Servitut zu gewährleisten[3]). Daß jedoch nicht an diesem Grundsatze festgehalten worden ist, geht aus dem zweiten Teil der citierten l. 38 hervor, wo von einer Wegeservitut die Rede ist, welche sich über mehrere durch einen Fluß getrennte Grundstücke erstreckt. Hier war der Fluß kein Hindernis, weil der Weg über mehrere Grundstücke als una via betrachtet wurde und daher schon die beständige Ausübung des Wegerechts auf dem diesseitigen Grundstücke genügte, um die Servitut auch an dem jenseitigen Grundstücke bestehen zu lassen[4]).

Es bleibt nun noch zu betrachten, wie das Dazwischenliegen eines Grundstücks auf die Bestellung einer nega-

[1]) comment. lib., XIc, II, §§ IV und XII.

[2]) Vgl. auch l. 1 § 8 D. 11, 8 und besonders Elvers, S. 174 und Jacob, S. 34.

[3]) cf. Elvers, S. 175; Jacob, S. 36.

[4]) cf. Donellus, comment. lib., XIc, 2, § XIII; Elvers, S. 175 und Jacob, S. 36.

tiven Servitut wirkt. Da ihr Wesen nur darin besteht, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks gewisse Handlungen unterlassen muß, so kann hier ein Zwischengrundstück nur in faktischer, nicht aber in rechtlicher Beziehung der Bestellung einer Servitut hinderlich sein, und es kommt nur darauf an, daß seine Beschaffenheit nicht von Anfang an die Ausübung der Servitut unmöglich macht[1]). So kann z. B. eine Licht- oder Aussichtsgerechtigkeit nicht begründet werden, wenn ein Berg zwischen beiden Grundstücken liegt, oder diese so weit von einander entfernt sind, daß man von dem einen nicht auf das andere sehen kann[2]). Stellt sich aber erst nach Begründung der Servitut ein Hindernis heraus, verbaut z. B. bei einer Aussichtsgerechtigkeit der Eigentümer des Zwischengrundstücks die Aussicht, so erlischt dadurch die Servitut noch nicht, sondern sie wird auch hier[3]) nur suspendiert, d. h. der frühere Verpflichtete darf nun auch sein Gebäude höher bauen, ohne daß der Berechtigte auf Grund seines Servitutenrechts dagegen einschreiten könnte[4]). Wird jedoch vor Ablauf der Verjährungsfrist der Höherbau des Zwischengrundstücks wieder beseitigt, so lebt das Servitutenrecht gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks wieder auf, so daß auch dessen Höherbau abgetragen werden muß[5]). Ist aber inzwischen die Verjährungsfrist abgelaufen, so kann das Recht nicht mehr geltend gemacht werden.

---

[1]) cf. Elvers, S. 170.

[2]) l. 38, 39, D. 8, 2.

[3]) Vgl. oben S. 37.

[4]) Vgl. Kohler, S. 184.

[5]) Vgl. l. 6 pr. D. 8, 5; Elvers, S. 170, 171; Jacob, S. 37, 38.

II.
Wie stellt sich § 1019 B. G. B. zu den Erfordernissen der utilitas, causa perpetua und vicinitas?

A. Nachdem wir nun gesehen haben, in welcher Weise im römischen Recht der Inhalt einer Prädialservitut durch die Erfordernisse der Utilität, Perpetuität und Vizinität beschränkt wurde, wollen wir untersuchen, inwieweit das bürgerliche Gesetzbuch in § 1019 diese Erfordernisse als gesetzliche Schranken für den Inhalt einer Grunddienstbarkeit aufgestellt hat. Es bedarf keiner Interpretation, um festzustellen, daß das B. G. B. ebenso wie das römische Recht bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit für das herrschende Grundstück einen Nutzen fordert; denn in § 1019 heißt es: „Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet."

Hiermit ist fast unverändert das römische Erfordernis der utilitas aufgenommen. Es muß also vor allem überhaupt ein Nutzen vorliegen, aber auch hier genügt nicht ein solcher, der ohne Rücksicht auf das Grundstück bloß der Person des Eigentümers zugute käme, es muß vielmehr, wie aus dem Wortlaut deutlich hervorgeht, eben die Benutzung des Grundstücks infolge der Grunddienstbarkeit eine vorteilhaftere werden[1]).

Aber ebensowenig wie im römischen Recht wird damit verlangt, daß die Grunddienstbarkeit unbedingt jedem Besitzer des herrschenden Grundstücks Vorteil bieten muß. Ein dahin gehender Antrag des Redakteurs des ersten Entwurfs wurde ausdrücklich abgelehnt[2]). Nach Plancks Meinung genügt es hiernach, wenn die Grunddienstbarkeit bei irgend einer Art der Benutzung des herrschenden Grundstücks für die Benutzung Vorteil bietet.

[1]) Vgl. hierzu Entsch. R.-G., Bd. 1, S. 329.
[2]) Vgl. Planck, § 1019, 2a.

Auch Coith (S. 220 ff.) ist der Meinung, daß diese Folge aus § 967 des ersten Entwurfs abgeleitet werden könne, und hält es für zweckmäßig, hinter § 967 noch einen Paragraphen etwa folgenden Inhalts einzuschalten: „Maßgebend für den Umfang der Dienstbarkeit ist im Zweifel diejenige Art der Benutzung, in welcher das herrschende Grundstück stand, als die Dienstbarkeit bestellt wurde." Dies ist aber m. E. wahrscheinlich deswegen sowohl in den späteren Entwürfen, als auch bei der Abfassung des B. G. B. selbst unterblieben, weil in der Regel als Parteiwille anzunehmen sein wird, daß die Servitut der gegenwärtigen Benutzungsart des herrschenden Grundstücks dienlich sein muß. Die einzige Ausnahme dürfte wohl der Fall bilden, daß eine Servitut für einen erst künftig zu eröffnenden Betrieb bestellt wird, was nach B. G. B. bei der allgemein anerkannten Giltigkeit von Bedingungen [1]), die dem Bestellungsvertrage hinzugefügt werden, zulässig ist. Im übrigen sind die Folgen einer Änderung der Benutzungsart danach zu beurteilen, in welcher Art und Weise eine bestehende Grunddienstbarkeit im Einzelfalle ausgeübt werden darf, eine Frage, die von der inhaltlichen „Begrenzung der Dienstbarkeiten dem Rechtsbegriffe nach" [2]) zu unterscheiden ist, deren weitere Behandlung also nicht hierher gehört.

Abweichend vom römischen Recht, das die Bestellung von Prädialservituten nur für landwirtschaftliche und Wohnungszwecke zuließ, kann nach B. G. B. auch zu Gunsten eines auf dem herrschenden Grundstücke betriebenen Gewerbes eine Grunddienstbarkeit begründet werden, jedoch ist Voraussetzung hierzu, daß das Grundstück mit einer bleibenden Einrichtung, z. B. einem Fabrikgebäude, ver-

[1]) Vgl. Planck, § 1019, 2a; Enneccerus und Lehmann, § 34, 4; Motive, S. 481, 482, Z. 3; Staudinger, § 1019, 1d.

[2]) Vgl. Staudinger, § 1019, Z. 3; Plank, § 1019, 2a und 4.

sehen ist[1]). Durch diese Einrichtung muß das herrschende Grundstück mit dem betreffenden Gewerbe derart verbunden sein, „daß ein dem Gewerbe dienendes Recht auch dem Grundstücke selbst zum Vorteil gereicht und späteren Erwerbern des Grundstücks ein bleibendes Interesse bietet“[2]). Diese Maßnahme, infolge deren nun auch die besonderen Bedürfnisse, welche die Benutzung von Mühlen, Fabriken, Krankenhäusern, Schulen usw. mit sich bringt[3]), durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit befriedigt werden können, ist ein Fortschritt der modernen Rechtsentwickelung, der den Bedürfnissen der heutigen gewerblichen Verhältnisse wesentlich zugute kommt.

Was die Art des Nutzens anbetrifft, so finden wir in diesem Punkte wieder völlige Übereinstimmung des römischen und des heutigen bürgerlichen Rechts. Auch dieses fordert keineswegs ein Geldinteresse, sondern auch hier genügt Annehmlichkeit und Bequemlichkeit, um den Zweck einer Grunddienstbarkeit zu bilden[4]).

Nach Kohlers (VII, § 11) und Dernburgs (l. c.) Meinung ist selbst „die Befriedigung eines anerkennenswerten ästhetischen Interesses“ durch Servitutbestellung nicht auszuschließen, „wie z. B. daß alle Häuser am Kölner Domplatz im gothischen, oder alle Häuser in der Umgebung des Wormser Doms im romanischen Stil gebaut werden müssen, oder daß ein Haus gegenüber dem Reichstagsgebäude in Sandstein ausgeführt werden soll“. Wenn

[1]) Vgl. Biermann, § 1019, 1; Enneccerus und Lehmann, § 34, 4; Staudinger, § 1019, 1 b; Matthiass, § 38, II; Bendix, § 76, A, I b.

[2]) Entsch. R.-G. Bd. 30, S. 207.

[3]) Vgl. Motive, S. 481, 482, Z. 2; Dernburg, B. G. B., § 163, II, 2, Anm. 11.

[4]) Vgl. Dernburg, B. R., § 163, II, 2; Planck, § 1019, 2 b; Motive, S. 481, 482, Z. 1; Enneccerus und Lehmann, § 34, 3; Staudinger, § 1019, 1 a; Matthiass, § 38, II; Endemann, § 100, 4; Müller und Meikel, § 204, S. 543.

auch hierdurch, meint Kohler, in der Hauptsache ein öffentliches Interesse befriedigt würde, so könne doch auch die Servitut ein solches vertreten, „sofern es nur ein Interesse ist, das mit dem herrschenden Grundstück kraft seiner (privaten oder publiken) Bestimmung dauernd verknüpft ist."

Auch die dauernde Beschränkung gewerblicher Konkurrenz auf dem dienenden Grundstücke nimmt Staudinger[1]) als zulässig an, während Kohler[2]) die Möglichkeit einer derartigen Servitut auf das energischste bestreitet.

Bloße Liebhabereien und Launen des jeweiligen Eigentümers aber erkennt das B. G. B., wie aus dem Wortlaut des § 1019 zu schließen ist, ebensowenig wie das römische Recht als genügend an, um die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zu rechtfertigen.

Streitig ist jedoch, was als eine solche bloße Laune aufzufassen ist, und so gehen die Ansichten der Rechtsgelehrten besonders darüber auseinander, ob die Geltung der oben behandelten l. 8 pr. D. 8, 1 (S. 8—13) auch für das heutige Recht anzuerkennen sei oder nicht. Das letztere nehmen Endemann[3]) und Windscheid[4]) an, da doch z. B. das Bewohnen eines Hauses durch das Recht auf Benutzung eines benachbarten Gartens annehmlicher gemacht, ja sogar dadurch der Mietwert des Hauses gesteigert werden könne. Diese Folgerung bezeichnet Kohler[5]) als „völlig verkehrt", denn „schließlich könnte der Mietwert des Hauses noch dadurch gesteigert werden, daß der jeweilige Inwohner das Recht hat, dem Weinkeller des Nachbarn beliebigen Besuch abstatten zu dürfen". Ebenso nimmt Dernburg[6]) die Giltigkeit der l. 8 pr. D. 8, 1 für heutiges Recht an, da die dort erwähnten Berechtigungen mit der vorteilhafteren

[1]) § 1019, Z. 1c. [2]) VII, § 8.
[3]) § 100, 4, Anm. 17.
[4]) § 209, 2, Anm. 5.
[5]) VII, § 7.
[6]) B. R., § 103 2 Anm. 7.

Benutzung des Grundstücks des Berechtigten in keinem Zusammenhang stehen, wie auch wir oben darzulegen versucht haben. (S. 8—13.)

Auch darin stimmt das B. G. B. (§ 1019, Satz 2) mit dem römischen Recht überein, daß der Inhalt einer Grunddienstbarkeit nicht über das Maß hinaus erstreckt werden darf, das sich aus der vorteilhaften Benutzung des herrschenden Grundstücks ergibt. So gilt auch nach heutigem Rechte die Bestimmung, daß z. B. das Recht, aus einem Walde Holz zu entnehmen, nur insoweit als Grunddienstbarkeit bestehen kann, als das gewonnene Material zur Unterhaltung oder Wiederherstellung der Gebäude des herrschenden Grundstücks oder zur Bewirtschaftung desselben erforderlich ist[1]). Wird über das zulässige Maß hinaus ein solches Recht eingeräumt, so kann es, ebenso wie im römischen Recht, nur obligatorische Wirkung haben, und es ist im Grundbuch als Grunddienstbarkeit eingetragen, so besteht diese insoweit nicht, als die gesetzliche Grenze überschritten ist; es kann also auf Grund von § 894 Berichtigung des Grundbuchs verlangt werden[2]).

Ob dadurch, daß außer dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks noch andere Personen — z. B. der Mieter oder Pächter oder bei einer Wegegerechtigkeit die Hausgenossen des Eigentümers[3]) — zur Ausübung der Grunddienstbarkeit berechtigt sind, die Vorschrift des § 1019, Satz 2 verletzt wird, ist eine Frage der Auslegung des Bestellungsvertrages, die nach dem Zwecke der einzelnen Servitut zu beantworten und daher von der Frage nach dem gesetzlich zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit zu trennen ist.

---

[1]) Vgl. Engelmann, § 212, S. 575; Entsch. R. G., Bd. 8, S. 211, 212.

[2]) Vgl. Planck, § 1019, 3; Motive, S. 481, 482, Z. 5; Biermann, § 1019, 1; Staudinger, § 1019, 2.

[3]) Vgl. Planck, § 1019, 5.

B. Nicht die Übereinstimmung, die, wie wir gesehen haben, zwischen römischem Recht und B. G. B. hinsichtlich der Grundsätze über die utilitas herrscht, finden wir bezüglich des Erfordernisses der causa perpetua. Ausdrücklich aufgestellt hat dieses das B. G. B. überhaupt nicht, es ergibt sich nur, soweit man sein Bestehen noch anerkennen will[1]), aus der Natur der Grunddienstbarkeiten als dinglicher Rechte an einem Grundstücke[2]) und aus § 1018, wo als Gegenstand der Berechtigung einer Grunddienstbarkeit nur das Grundstück eines andern anerkannt wird. Es muß also, - hierin stimmt das heutige bürgerliche mit dem römischen Recht überein --, der mit der Grunddienstbarkeit bezweckte Vorteil für das herrschende Grundstück durch die Benutzung des dienenden erreicht werden; eine Tätigkeit des Eigentümers des letzteren kann also auch nach B. G. B. nicht den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden.

Im älteren römischen Rechte mußte der Nutzen für das herrschende Grundstück durch die natürliche Beschaffenheit des dienenden gewährt werden, und die einzige Ausnahme dieser Regel war wohl lange Zeit hindurch der Fall, daß ein Gebäude auf dem dienenden Grundstück vermöge seiner dauernden Verbindung mit demselben als natürliche Eigenschaft des Grundstücks betrachtet und darum auch an einem solchen eine Servitut zugelassen wurde (servitus oneris ferendi, tigni immittendi) (S. 25). Erst in späterer Zeit entstand die Modifikation, daß dauernde Anlagen auf dem dienenden Grundstück auch mit einer Servitut belastet werden konnten (vgl. oben S. 30).

Im B. G. B. gilt allgemein der Satz, daß zum Nutzen des herrschenden Grundstücks auch solche Grund-

[1]) Die Motive, S. 481, 482, Z. 4, stellen es für die moderne Gesetzgebung ganz in Abrede, vgl. auch Staudinger, § 1019, 1e, und Cosack, § 218, I, 4d.

[2]) Vgl. Kohler, VII, § 14; Biermann, § 1019, 1.

dienstbarkeiten zulässig sind, zu deren Ausübung eine künstliche Anlage[1]), die von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks herrührt, vorausgesetzt wird. Natürlich darf aber auch hier nicht der Vorteil durch ein zeitweilig von dem Eigentümer des dienenden Grundstücks betriebenes Gewerbe oder durch eine vorübergehende Einrichtung, die nicht Bestandteil des belasteten Grundstücks ist, erreicht werden[2]).

Das Hauptmoment der römischen causa perpetua aber hat das B. G. B. nicht berücksichtigt, nämlich daß der Vorteil dauernd gewährt werden müsse. Ist das Bedürfnis, dem die Bestellung der Grunddienstbarkeit entsprungen ist, dauernd fortgefallen, oder die Grundlage für ihre Ausübung erschöpft, z. B. das auf dem dienenden Grundstück befindliche Tonlager vollständig abgebaut, so wird dadurch die Grunddienstbarkeit inhaltlos und erlischt, der Verpflichtete kann also Berichtigung des Grundbuchs verlangen[3]). Eine vorübergehende Störung in der Ausübung der Grunddienstbarkeit hindert natürlich auch im B. G. B. den Fortbestand derselben nicht, und wenn ein Gebäude (z. B. eine Fabrik), zu dessen Gunsten eine Grunddienstbarkeit bestände, abbrennt, so lebt dieselbe an dem neuerrichteten Gebäude wieder auf[4]).

Kohler (VII, § 12) behauptet, daß auch vom modernen Recht das Erfordernis der causa perpetua beibehalten sei. Zum Beweise führt er folgendes an: „Ich kann eine Servitut haben, den Niagarafall für meine Berliner Fabrik

[1]) Vgl. Dernburg, B. R., § 163, II, 1; Enneccerus und Lehmann, § 34, 2; vgl. auch Striethorst, S. 240, 241, wo das Recht erwähnt wird, auf der Mühlenwalke eines andern Felle zu walken.

[2]) Vgl. Planck, § 1019, 2a; Biermann, § 1019, 1.

[3]) Vgl. Staudinger, § 1019, 1e; Planck, § 1019, 2d und 3; Leske, § 125, VII; Motive, S. 481, 482, Z. 4; Matthiass, § 38, IV.

[4]) Vgl. Endemann, § 100, Anm. 20; Dernburg, B. R., 163, Anm. 11; Motive, S. 481, 482, Z. 3.

auszunutzen[1]), aber ich kann keine Servitut haben, von einem dort bestehenden elektrischen Etablissement den Strom nach Berlin abzuleiten". Denn entweder ich bin von der Produktion des Etablissements abhängig, und wenn dieses nicht mehr oder nicht mehr in für mich brauchbarer Weise produziert, „so zerfließt mein Recht in Luft", oder ich kann die Produktion verlangen. Daß die letztere Alternative zu einer unstatthaften Reallast führen würde, da eine solche nur zu „wiederkehrenden" nicht „zu fortlaufenden" Leistungen verpflichtet, gibt auch Dernburg[2]) zu. Jedoch wendet er gegen den ersten Punkt m. E. mit Recht ein, daß daraus für Kohlers Behauptung nichts bewiesen sei. Denn es sei nicht anzunehmen (dies folgt auch aus den vorhergehenden Ausführungen), daß die Begründung eines Rechts als Grunddienstbarkeit deswegen unzulässig ist, weil es unter gewissen Voraussetzungen unwirksam werden kann.

C. Ebensowenig wie die causa perpetua verlangt das B. G. B. ausdrücklich die vicinitas. Wir haben gesehen, daß dieser Begriff selbst vom römischen Recht nur in der ältesten Zeit wörtlich aufgefaßt und später darunter eine derartige örtliche Lage der Grundstücke verstanden wurde, welche die Ausübung der Servitut ermöglichte. Wenn also zwar die Identifizierung der vicinitas praediorum mit der utilitas servitutis nicht ohne weiteres den Quellen des römischen Rechts entspricht, vielmehr die Erweiterung des Begriffs der vicinitas erst eine Folge der historischen Entwickelung ist[3]), so ist doch diese Gleichstellung der Utilität und Vizinität für das heutige praktische Recht unbedingt anzunehmen und daher ist es nur

[1]) Dies möchte m. E. kaum zulässig sein, da hier der Nutzen in einem argen Mißverhältnis zu den Kosten der Leitung stehen würde.

[2]) B. R., § 163, II, 1, Anm. 3.

[3]) Vgl. Jacob, S. 44; Dernburg, P., § 240, Anm. 12 Kohler, S. 185.

natürlich, daß das Erfordernis der Vizinität nicht noch ausdrücklich neben dem der Utilität aufgestellt wird. Sobald also trotz der Entfernung der beiden Grundstücke die Ausübung einer Grunddienstbarkeit zum Nutzen des herrschenden Grundstücks möglich ist, d. h. wenn die eventuell dazwischenliegenden Grundstücke die Vornahme der zur Ausübung der Grunddienstbarkeit erforderlichen Handlungen zulassen und die Entfernung nicht eine so große ist, daß die zur Überwindung derselben erforderlichen Maßnahmen und Kosten den dabei erzielten Nutzen überwiegen, so steht der Bestellung einer Grunddienstbarkeit nach dem Rechte des B. G. B. nichts im Wege[1]).

Von selbst versteht es sich, daß bei dem heutigen Stande der Kultur ein großer Fluß kein Hindernis mehr bietet, und daß eine vorübergehende Störung ohne Einfluß auf den Bestand der Grunddienstbarkeit bleibt[2]).

Es kann sogar nach Planck[3]) eine Grunddienstbarkeit zwischen zwei nicht angrenzenden Grundstücken begründet werden, ohne daß zunächst die dazwischenliegenden Grundstücke mit einer Wegeservitut belastet sind. Denn es genüge, daß die Möglichkeit eines Vorteils für das herrschende Grundstück gegeben ist[4]).

Mit dieser Unterordnung des Begriffs der Vizinität unter den der Utilität ist aber durchaus nicht gesagt, daß man, wie Kohler[5]) annimmt, „entweder das Erfordernis der Nachbarschaft ganz streichen oder es als eine verballhornte Erfindung der Römer bezeichnen" will. Es ist da-

---

[1]) Vgl. Planck, § 1019, 2c; Biermann, § 1019, 1; Matthiass, § 38, IV; Bendix, § 76, A, I, b, 1; Dernburg, B. R., § 163, II, 4; Endemann, § 100, 4; Cosack, § 218, I, 4d; Leske, § 125, VII; Motive, S. 481, 482, Z. 4.

[2]) Vgl. hierzu Endemann, § 100, Anm. 21 und Motive l. c.

[3]) § 1019, 2c.

[4]) Vgl. auch Ostermeyer, S. 200; ferner l. 17 § 1 D. 8, 4.

[5]) S. 186.

mit nur gesagt, daß das heutige Recht das Erfordernis der vicinitas nicht aufstellt, da es, soweit seine Geltung heute noch anerkannt wird, durch die Bestimmungen über die Utilität ausgedrückt wird. Und wenn Kohler[1]), abgesehen von dem Fall, wo das herrschende und das dienende Grundstück durch eine Leitung verbunden sind, durch deren Schwierigkeit schon von selbst „eine zu weitgehende Bodenbelastung" vermieden werde, die Geltung des Erfordernisses der Nachbarschaft auch für das heutige Recht behauptet, so steht er mit dieser Behauptung allein da[2]). Denn dadurch ist nichts bewiesen, daß nach § 1018 B. G. B. eine Grunddienstbarkeit auch „in der Befreiung von Legallasten bestehen kann, die doch nur in der Nähe vorkommen"[3]), und ebensowenig läßt sich aus dem Gesetz hinsichtlich der Entfernung der beiden Grundstücke eine andere Beschränkung nachweisen als die, welche durch die Bestimmungen über die Utilität gegeben ist.

So ergibt sich denn als Resultat unseres Vergleiches, daß das B. G. B. in § 1019 ausdrücklich nur das Erfordernis der Utilität aufstellt, während es die causa perpetua und die vicinitas nur insoweit fordert, als sich diese Begriffe mit dem der utilitas decken.

---

[1]) VII, § 10.
[2]) Vgl. auch Kohler, VII, § 14.
[3]) Vgl. Kohler, S. 186.

Lebenslauf.

Am 24. November 1882 wurde ich, Karl Oskar Erich Jander, evangelischer Konfession, zu Liegnitz geboren.

Von Ostern 1892 ab besuchte ich das städtische evangelische Gymnasium zu Liegnitz, das ich am 16. März 1901 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Sodann widmete ich mich dem Studium der Rechte, und zwar studierte ich an den Universitäten München und Breslau je 3 Semester.

In München hörte ich die Vorlesungen bei den Herren Professoren und Privatdozenten: v. Amira, Bechmann, Birkmeyer, Brentano, Götz, Grueber, v. Heigel, Lotz, v. Seuffert und in Breslau bei den Herren Professoren und Privatdozenten Beyerle, Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Jörs, Klingmüller, Leonhard, Lesser, Meyer, Sombart, Wolf.

Am 21. November 1904 bestand ich in Breslau das Referendarexamen und wurde am 9. Dezember 1904 in Seidenberg O./L. als Referendar vereidigt.

Das mündliche Doktor-Examen bestand ich am 14. Juli 1905.

Seit dem 9. September 1905 bin ich am Landgericht Liegnitz beschäftigt.